This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

Pd. June, 1900.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

TOMO XV

Pd. June 1, 1900.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

TOMO XV

4741 Spain. Laws, statutes, etc. Codes, Civil
C
685

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO Á LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID

TOMO XV

De la herencia.

J) De las mandas y legados.
K) De los albaceas ó testamentarios.

MADRID
IMPRENTA DE RICARDO ROJAS
Campomanes, 8.—Teléfono 316.

1899

Es propiedad del autor.
Queda hecho el depósito
que ordena la ley.

Rec.d Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros.

PROYECTO DE 1851

DE LAS MANDAS Y LEGADOS

De las mandas y legados: lib. III, tit. I, cap. VIII (artículos 675 al 707). De las condiciones y objeto ó fin de las disposiciones testamentarias: lib. III, tít. I, cap. IX, art. 715.—Lib. III, tit. I, cap. X: De la ineficacia de los testamentos (art. 724). — De los albaceas ó testamentarios: lib. III, tít. I, cap. XI (artículos 726 al 741).

I. FACULTAD DE ESTABLECER MANDAS Y LEGADOS.

a) Evicción.

b) Responsabilidad del legatario.—La disparidad más perceptible entre el proyecto y el Código vigente se encuentra en este punto.

Tanto uno como otro reconocen al testador el derecho de gravar con legados, no sólo al heredero, sino también al legatario, pero mientras el proyecto extiende la responsabilidad del legatario, en caso de aceptación, al cumplimiento íntegro del segundo legado, aunque importase más que la primera liberalidad, el Código vigente, ajustándose estrictamente al principio indiscutible de que el legatario sucede por

título singular, limita su responsabilidad hasta donde alcance el valor del legado.

Ambos cuerpos legales declaran que cuando el testador grave con un legado á uno de los herederos, él sólo quedará obligado á su cumplimiento. Asimismo consignan que si no resultase ningún heredero gravado en particular, responderán todos, habiendo añadido el Código para mayor especificación y claridad de tan equitativa doctrina, que la responsabilidad de la obligación será proporcional á las cuotas que representen en la masa hereditaria.

En punto al deber del heredero de estar á la evicción cuando la cosa fuese indeterminada y se señalase sólo por su género ó especie, proyecto y Código coinciden en sus artículos 677 y 860 respectivamente.

No siendo precisa para la validez de una disposición de última voluntad la institución de heredero, dábase frecuentemente el caso de que toda la herencia se distribuyese en legados, surgiendo entonces la cuestión referente á la extensión de la responsabilidad de los legatarios. El proyecto de 1851 proveyó á esta necesidad desnaturalizando la estructura singular del legado y convirtiéndola en universal por el hecho de la aceptación; el Código vigente, más concreto, prevé en el art. 891 que si toda la herencia se distribuyese en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes entre los legatarios á proporción de sus cuotas, salvo si el testador hubiese dispuesto otra cosa. Así por modo armónico quedan resueltas las dudas que podría suscitar una masa hereditaria sin heredero que la representase.

II. Clases y modalidades de los legados.

a) Legado de cosa ajena.—Ocúpanse de él los artículos 679 del proyecto y 861 y 862 del Código vigente.

Dice el primero:

El legado de cosa ajena es válido, si el testador, al legarla, sabía que lo era.

En este caso, el heredero está obligado á comprarla y en-

tregarla al legatario: no siendo posible comprarla, cumplirá con entregar su justa estimación.

La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena, incumbe al legatario. Sin embargo, valdrá el legado de la cosa que era ajena al otorgarse el testamento, aunque el testador ignorase que lo era, si llegó á ser suya cuando murió.

La única diferencia que existe, y que seguramente ya habrá sido notada por nuestros lectores, es la de que el proyecto unió en un solo artículo todo lo que al legado de cosa ajena se refiere, y el Código ha dividido la materia en dos partes, formando de ella dos textos independientes, en el segundo de los cuales declara (art. 862) que si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado, pero será válido si la adquiriese después de otorgado el testamento.

b) Legado de cosa propia del legatario.—El proyecto y el Código coinciden en declarar válido el legado de una cosa propia del heredero ó legatario, imponiendo á éstos la obligación de entregar la cosa legada ó su justa estimación.

Las diferencias que se perciben entre los Cuerpos comparados no alteran lo sustancial de la doctrina y responden al progreso natural que se produce siempre que se opera de nuevo sobre una materia ó idea conocida ó investigada. El Código ha suprimido la forma de enunciación negativa empleada por el proyecto y que contribuía más bien á la obscuridad del texto que á su clara percepción. Asimismo ha declarado que lo dispuesto se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos.

Completan la doctrina relativa al legado de cosa ajena los artículos 681 y 864 del proyecto y Código, respectivamente declarativos de que cuando el testador, heredero ó legatario, tuviesen sólo una parte ó un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado á esta parte ó derecho, á menos que el testador expresamente la hubiere legado por entero.

El proyecto de 1851 enunciaba esta última condición del siguiente modo:

«*Si el testador no declaró expresamente que sabía ser la cosa parcialmente de otro y que no obstante de esto la legaba por entero.*»

La simple comparación enseña que no han sido alteradas las reglas ni modificada la condición. Ha habido una sencilla abreviación de términos en rendimiento á la mayor claridad.

No producirá efecto el legado de cosa que al tiempo de otorgarse el testamento fuese ya propia del legatario, aunque en ella tuviese derecho algún tercero.

Si el testador dispuso expresamente que la cosa fuese libertada de este derecho ó gravamen, valdrá en cuanto á esto el legado. (Artículos 682, párrafos 2.° y 3.°, y párrafo 1.° del 693 del proyecto de 1851, y art. 866 del Código vigente.)

c) Legado de cosas que estén fuera del comercio.—Es nulo, según el art. 865 del Código y el párrafo 1.°, art. 682 del proyecto de 1851.

d) Legado de cosa empeñada, hipotecada ó sujeta á usufructo.—El art. 867 del Código puede calificarse de fotografía del 683 del proyecto, y es tal su parecido, que hasta las palabras han quedado perfectamente reproducidas en el cliché.

Basta, por tanto, leer el artículo del Código para saber lo que el proyecto dispone acerca del legado de cosa empeñada ó hipotecada.

d) Legado de usufructo.—El legado de usufructo lo regula el proyecto en su art. 684, que dice así:

Art. 684. En el legado de usufructo, si ocurriese el caso previsto en el art. 461, se observará lo dispuesto en el mismo. (Véase *tomo IX*, «Estudio comparativo».)

e) Legado de un crédito contra tercero, ó de perdón de una deuda.—Según los dos textos comparados (artículos 686 y 870 del proyecto y Código), sólo es válida esta clase de le-

gados en la parte de deuda ó crédito subsistente al tiempo de morir el testador.

Ambos regulan del mismo modo las obligaciones del heredero, disponiendo que el legado comprenderá también los intereses que por el crédito ó deuda se deban al fallecer el causante.

Lo dispuesto en el art. 873 y párrafo 2.° del 871 del Código, se encuentra asimismo establecido en el párrafo 2.° del artículo 688 y en el 689 del proyecto.

Por último, hacemos constar que carece de correspondencia en el Código el párrafo 1.° del art. 688 del proyecto, á cuyo tenor, legado el instrumento privado de la deuda, se entiende ésta remitida.

A la inversa, el art. 873 del Código, según el cual, el legado hecho á un acreedor no se imputará en pago de su crédito á no ser que el testador lo declare expresamente, no tuvo antecesor en el proyecto, como quiera que vino al de 1882 por vez primera trasplantado de los Códigos de Portugal y Méjico.

f) Legados alternativos.—Se rigen hoy con arreglo á lo dispuesto para las obligaciones de dicha especie, y según el proyecto de 1851, debía también estarse á lo establecido para las mismas.

Hay una diferencia, y es que el Código admite las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador, y el proyecto omitía toda referencia á dicho particular.

g) Legados de cosas indeterminadas.—El proyecto tantas veces repetido autoriza estos legados, pero sin hacer distinción de ninguna clase entre las cosas muebles y las inmuebles: según su contexto, es válido el legado de cosas indeterminadas, pero comprendidas en algún género ó especie determinada por la naturaleza ó por designación del hombre, aunque no haya cosas de aquel género ó especie en la herencia.

El Código establece diferentes disposiciones, según la cosa legada sea mueble genérica ó inmueble no determinada.

Si se trata de cosa mueble genérica, el legado es válido aunque no la hubiera de su género en la herencia.

Si es inmueble indeterminada, sólo será válido el legado cuando hubiera cosa de su género en la herencia.

La elección la encomiendan proyecto y Código al heredero, quien cumplirá con entregar una cosa que no sea de la calidad superior ni de la inferior, habida consideración, añadía el proyecto, aunque lo omita el Código, al capital hereditario y á las circunstancias personales del legatario.

Sobre el extremo concreto de la elección, ambos cuerpos comparados disienten. El proyecto distinguía, según la designación hubiese sido dejada expresamente al heredero ó al legatario; en el primer caso, podrá dar lo peor; en el segundo podrá escoger lo mejor. El Código, dejando á un lado estas indicaciones impropias de la ley y más bien avivadoras de un mal designio por la forma en que se presentaban, deja al libre arbitrio de la persona favorecida con el derecho de elección, sea legatario ó heredero, la facultad de designar lo que mejor le pareciere.

Añade el Código (art. 877): Si el heredero ó legatario no pudiese hacer la elección en el caso de haberle sido concedida, pasará su derecho á los herederos; pero una vez hecha la elección, será irrevocable.

h) Legados de alimento y educación. — El Código y el proyecto declaran que el legado de alimentos dura mientras viva el legatario, salvo disposición contraria del testador; y el de educación se prolonga hasta que el legatario sea mayor de edad.

Los dos cuerpos legales que comparamos coinciden en el criterio que debe regir cuando el testador no hubiese señalado cantidad; y á la misma regla se atienen uno y otro si el testador acostumbró en vida pasar al legatario cierta pensión periódica de dinero por vía de alimentos. Sin embargo, el

Código vigente limita la cuantía del legado cuando, de seguirse literalmente la regla del art. 879 en su tercer párrafo, resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

Correspóndense casi literalmente los artículos 696 y 880 del proyecto y Código, sancionando ambos que, legada una pensión periódica ó cierta cantidad mensual ó semanal, el legatario podrá exigir la del primer período, así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolución, aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado.

No ha tenido aposento en el Código el art. 695 del proyecto, según el cual, legados simplemente los alimentos sin designación de cantidad, si se hubiere anticipado alguna por cierto tiempo, y el legatario muriere antes de espirar aquél, devolverán sus herederos la parte de lo recibido correspondiente al tiempo que faltase.

i) Legado para tomar estado. — Lo regulaba el art. 703 del proyecto, disponiendo que el legado hecho simplemente al menor para tomar estado, sin expresión de cuál haya de ser, se entregará al legatario así que cumpla la mayor edad. Si el legado fuere hecho á un mayor, se entenderá que es para tomar estado de matrimonio y se le entregará cuando lo contraiga.

Al redactarse el Código civil se ha prescindido de estos legados, lo bastante repetidos en las realidades de la vida jurídica para formar especie aparte. Hoy un legado concedido en la forma prevista por el proyecto de 1851, deberá reputarse condicional, y siendo la condición la de tomar estado, bastará que el favorecido se proponga contraer ó el matrimonial ó el religioso para que adquiera eficacia el legado, sin que quepan distinciones entre si el legatario es mayor ó menor de edad, porque la interpretación de los textos legales no admite distinciones allí donde éstos pasan silenciosos.

III. ADQUISICIÓN DE LOS LEGADOS.

a) Legados puros y condicionales.—Así el proyecto como el Código distinguen según los legados sean puros de cosa específica y determinada y de cosa no específica sino genérica ó de cantidad.

La existencia de los legados puros implica la de los condicionales, siempre que las condiciones impuestas no sean contrarias á las leyes ó buenas costumbres, porque entonces (artículos 709 del proyecto y 792 del Código) se tienen por no puestas y en nada perjudicarán al legatario, aun cuando el testador hubiese dispuesto otra cosa.

Esto sentado, y dando por sabido que los legados condicionales, en cuanto á su adquisición, se rigen por los mismos preceptos de las obligaciones también condicionales, diremos que el legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite á sus herederos (art. 697 del proyecto y 881 del Código).

b) Legado de cosas específicas y determinadas, propias del testador (artículos 882 del Código y 698 del proyecto).—El legatario las adquiere desde que el testador fallece, y hace suyos los frutos pendientes. Respecto de las rentas ya devengadas y no satisfechas antes del fallecimiento del causante, pertenecen al heredero. Así lo particulariza el Código, habiendo guardado silencio el proyecto, si bien venía á derivarse la misma regla, por efecto de su exclusión del texto preceptivo.

c) Legados de cosas genéricas ó de cantidad: Frutos é intereses.—Corresponden los intereses al legatario, á contar de la muerte del testador cuando éste lo hubiese dispuesto expresamente. Así lo dispone el Código, siendo de advertir que el proyecto de 1851 nada dijo sobre el particular.

d) Entrega de la cosa legada.—La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado que tenga al morir el testador. (Art. 699 del proyecto y 883 del Código.)

El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la

cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero ó albacea cuando éste se halle autorizado para darla. (Art. 700 del proyecto y 885 del Código.)

El heredero debe entregar la misma cosa legada pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación.

Los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no la haya en la herencia.

Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán á cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima. (Art. 701 del proyecto y 886 del Código.)

La comparación de los preceptos transcritos demuestra que el Código se inspiró en el proyecto, y no podía ser de otro modo dada la categoría universal de las reglas de que se trata.

IV. ORDEN DE PRELACIÓN PARA EL PAGO DE LEGADOS.—Dispuso el proyecto en su art. 702 que cuando los bienes de la herencia no alcanzasen para cubrir todos los legados, serían preferidos los de cosa específica y determinada, y el resto de los bienes se repartiría á prorrata entre los legatarios de cantidad de dinero.

Añadía el proyecto que los legados hechos en recompensa de servicios no estarían sujetos á este descuento y se pagarían con preferencia; observándose lo mismo cuando el testador expresamente lo determinase.

Vino más adelante el proyecto de 1882, y tomando por norma el Código de Méjico y modificándolo, estableció un orden distinto, que no es tampoco el que hoy rige. Según éste, en el caso de que la herencia no alcanzase para cubrir todos los legados, la preferencia en el pago se adaptará al siguiente orden:

1.° Los legados remuneratorios.

2.° Los de cosa cierta y determinada que formen parte del caudal hereditario.

3.° Los legados declarados preferentes por el testador.

4.° Los de alimentos.

5.° Los de educación.

6.° Los demás á prorrata.

El examen comparativo, al poner al descubierto el proceso seguido por el artículo, nos revela de qué modo sobre la base de los legados remuneratorios y de cosa determinada, admitidos ya con carácter de prioridad por el proyecto, han ido recayendo sucesivas sedimentaciones, anteponiéndose los legados de alimentos á los de educación y éstos á los legados comunes, únicos que entran en el prorrateo si á ello diesen lugar los preferentes.

V. ACEPTACIÓN, RENUNCIA Y EXTINCIÓN DE LOS LEGADOS.— Los artículos 705, 706 y 707 del proyecto eran los consagrados á definir la materia concerniente á la aceptación y renuncia, no de un modo genérico, sino con aplicación á casos ó modalidades de la aceptación.

Disponíase por el 705 que cuando el legatario no quisiese ó no pudiese admitir el legado, ó éste por cualquier causa no pudiese tener efecto, se refundiría en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y del derecho de acrecer. Copia literal de esta disposición es el art. 888 del Código.

Preceptuábase por el art. 706 del proyecto que el legatario no podía admitir una parte del legado y repudiar la otra, y redondeando el texto, deciase á continuación que si el legatario muriese antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podría uno de éstos aceptar su parte y otro de ellos repudiar la suya.

Tan claro y de sentido jurídico era este artículo, que el Código lo recogió íntegramente, añadiendo con mucho espíritu de equidad (art. 889), que en el caso de aceptarse una parte del legado, no se podría repudiar la otra, *si fuese onerosa*.

Finalmente, el art. 707 dispuso, inspirándose en la *ley 5.ª*, § *único*, *libro XXXI del Digesto*, que cuando fuesen dos los legados, uno de ellos oneroso y otro lucrativo, no podría el legatario repudiar el primero y aceptar el segundo.

El Código vigente, tomando su punto cardinal de apoyo en dicha ley romana y aceptando además las adherencias del Código mejicano, ha compuesto un artículo más perfecto, en el que, por derivación contraria, se sienta la doctrina de que cuando los dos legados sean gratuítos ú onerosos, podrá el legatario aceptar cualquiera de ellos y repudiar el otro: y asimismo se establece que el heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, ó, á la inversa, renunciar éste y aceptar aquélla.

Tres causas reconoce el Código, por virtud de las cuales el legado queda sin efecto:

1.ª Por la transformación integral de la cosa legada.
2.ª Por su enajenación por el testador, y
3.ª Por la destrucción de aquélla.

Estas mismas causas las consignó ya el proyecto, aunque no agrupadas, sino dispersas y contenidas en distintos artículos.

El 685 decía así:

«La enajenación que de la cosa legada haya hecho el testador en todo ó en parte, y por cualquier título ó causa, deja sin efecto el legado en lo que ha sido objeto de enajenación, aunque ésta sea nula y el objeto enajenado haya vuelto posteriormente al dominio del testador; á menos que haya vuelto por pacto de retroventa, puesto por el mismo testador al hacer la enajenación.»

El 724, inserto en el capítulo «*De la revocación é ineficacia de los testamentos*», establecía que quedaría sin objeto el legado cuando la cosa pereciese totalmente en vida del testador ó después si el legado era de cosa específica. Y añadía: «Entiéndese haber perecido la cosa legada, no sólo cuando desapareciese ó quedase fuera del comercio humano, sino cuando el testador hiciera de ella una nueva especie, de modo que no pueda reducirse á su anterior estado.»

Otra causa de extinción, reconocida igualmente por ambos cuerpos comparados, es, con relación al legado de cré-

dito contra un tercero, la demanda judicial dirigida por el testador contra el deudor para el cobro de la deuda, aunque éste no se haya realizado al ocurrir el fallecimiento. (Artículo 687 del proyecto y 871 del Código.)

VI. LEGADO POR SUSTITUCIÓN.—Decía el art. 678 del proyecto que el testador podía dar sustituto al legatario, rigiendo entonces la *sección segunda, cap. V, tít. 1.°, lib. III.*

Con diferentes palabras, la misma idea se contiene en el artículo 789 del Código, puesto que, según su tenor, «todo lo dispuesto respecto de la sustitución de herederos es aplicable á los legatarios».

VII. AFIANZAMIENTO DEL LEGADO.—El art. 704 del proyecto, sin equivalente en el Código, concedía al legatario facultad para exigir fianza del heredero en todos los casos en que pueda exigirla el acreedor.

DE LOS ALBACEAS Ó TESTAMENTARIOS

I. *Facultad de nombrarlos.*—Corresponde esta facultad única y exclusivamente al testador, el cual podrá nombrar uno ó más, sin limitación de ninguna clase. (Art. 892 del Código y 726 del proyecto.)

II. *Capacidad para el albaceazgo.*—No la tiene, según el Código (art. 893 y 727 del proyecto), el que no pueda obligarse.

También disponen ambos cuerpos legales que la mujer casada podrá ser albacea con la autorización del marido. El Código, aclarando la doctrina, establece que la mujer separada legalmente de su marido no necesitará de dicha autorización. Y añade que el menor no podrá serlo ni aun con la autorización del padre ó del tutor.

III. *Clases de albaceas.*—El Código actual, en la materia que nos ocupa, se ha formado teniendo por norma en lo fundamental el proyecto de 1851, pero recogiendo además

del Código mejicano otros varios textos sin corresponden, cia en el proyecto. No debe causar extrañeza esta deficiencia, porque no es lo mismo iniciar que desenvolver; la función inventiva es más meritoria cuando se ejerce por vez primera que cuando, acompañada de la función crítica, desarrolla y complementa ideas ya expuestas, aunque imperfectamente.

El Código ha tenido en el período de su formación varios modelos á que atenerse. El proyecto de 1851 inició la codificación en España. Entre las omisiones padecidas por éste último merece mencionarse la que se relaciona con las diversas modalidades del albaceazgo.

El ejecutor testamentario, como su propio nombre indica, desempeña un mandato, y así como éste puede ser universal ó singular, del propio modo el albaceazgo puede ser singular ó universal; para un solo negocio ó aspecto de la sucesión ó para todas las funciones anexas á la representación *post mortem*.

Además, los albaceas pueden ser nombrados sucesivamente, es decir, uno en defecto de otro, mancomunada ó solidariamente.

El proyecto no detalló estas modalidades del cargo, y su previsión no pasó más allá del caso en que fuesen dos ó más los albaceas y no quisieren intervenir todos. Para esta conjetura no encontró otro remedio jurídico que el de disponer la validez de lo ejecutado por el menor número, aunque fuese uno solo.

IV. *Caracteres del albaceazgo.*—Tres son los caracteres del cargo: gratuito, voluntario é indelegable.

Determina el primero y segundo carácter el art. 739 al declarar que el cargo de albacea es gratuito y voluntario, pero una vez aceptado, pasa á ser obligatorio si no sobreviniere excusa admisible al prudente arbitrio del juez.

El tercer carácter se desprende del art. 738, á cuyo tenor, el albacea no puede delegar sin expresa autorización del testador.

Convienen estos tres caracteres con los que el Código vigente asigna al albaceazgo en sus artículos 898, 908 y 909.

Respecto de la gratuidad de las funciones del ejecutor testamentario, conviene hacer notar que el proyecto la consideraba compatibles con la facultad del albacea para hacer suyo el legado que por vía de retribución le asignare el testador y aun para acrecer en aquella parte correspondiente á los ejecutores que no aceptasen el cargo (artículos 740 del proyecto y 908 del Código).

El proyecto, sin duda, para depurar más la índole eminentemente gratuíta del albaceazgo, tanto por las prestaciones que van anexas á su desempeño como por la falta de remuneración que le caracteriza, tuvo especial cuidado de consignar en el art. 741 que los gastos hechos por los albaceas para el desempeño de su cargo les serían abonados de la masa de la herencia. El Código ha omitido esta declaración, estimándola, con buen acuerdo. superflua.

V. *Facultades de los albaceas.*—He aquí las que le confería el proyecto de 1851:

Art. 728 Las facultades de los albaceas serán las que designe el testador con arreglo á las leyes.

Existiendo herederos forzosos, no podrá el testador autorizar á los albaceas para que se apoderen de sus bienes; pero sí ordenar que, para apoderarse los herederos de ellos, sea necesaria la intervención ó citación en forma de los albaceas.

A falta de herederos forzosos podrá el testador autorizar á los albaceas para que se apoderen de sus bienes; mas, para ejecutarlo, será siempre necesaria la intervención ó citación en forma de los herederos.

Art. 729. No habiendo el testador designado especialmente las facultades de los albaceas, serán las siguientes:

1.° Disponer y pagar los sufragios y funeral del testador con arreglo á lo ordenado por éste, y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.

2.° Pagar los legados que consistan en sumas de dinero, haciéndolo saber al heredero y no contradiciéndolo éste.

3.° Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio ó fuera de él.

Art. 730. En el caso del artículo anterior, si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aprontasen de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles, y no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

Si alguno de los herederos tuviese tutor ó curador, se hallare ausente, ó fuere corporación ó establecimiento público, la venta de los inmuebles se hará con las solemnidades que prescriben las leyes para tales casos.»

La lectura de los artículos transcritos persuade de que ellos fueron la pauta que tuvo presente el legislador al redactar los artículos 901, 902 y 903 del Código vigente. Este último artículo, más minucioso y prudente que su análogo del proyecto, exige solemnidades legales, no sólo en la venta de bienes inmuebles, sino en la de bienes muebles, siempre que esté interesado en la herencia un menor ausente, corporación ó establecimiento público.

VI. *Obligaciones del albacea.*—El Código y el proyecto consideran como tales las de desempeñar el cargo, una vez aceptado, y la de dar cuenta de su gestión al heredero.

También ambos establecen la excepción de que en el caso de ser los albaceas nombrados para distribuir los bienes con arreglo á lo dispuesto por el testador y no para entregarlos á herederos determinados, deberán dar cuenta al juez; siendo nula toda disposición del testador en contrario.

Como obligación de los albaceas, puede también estimarse la de desempeñar su cometido dentro del plazo legal. Era este plazo en el proyecto el de un año improrrogable, bien

lo designase el testador, bien nada dijese en su testamento.

El Código vigente ha procedido con un criterio mucho más expansivo. Ante todo, prevalece la voluntad del testador. Si no hubiese señalado plazo, éste será el de un año, contado desde la aceptación del cargo ó desde que terminasen los litigios que se hubiesen promovido sobre la validez ó nulidad del testamento ó de alguna de sus cláusulas.

Siendo el plazo legal el de un año, si el testador quisiere prorrogarlo deberá señalar expresamente la duración de la prórroga, y si no lo hiciese, se entenderá ampliado el término por otro año. Todavía después de esto puede el juez conceder el tiempo que crea preciso para que los ejecutores cumplan su misión. También los herederos y legatarios pueden por unanimidad prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo conveniente. Mas si hubiese sólo mayoría, la ampliación no podrá exceder de un año.

Esta escala gradual de términos responde á las mil complicaciones que surgen en las testamentarías donde se ventilan intereses encontrados ó donde por la necesidad de solventar negociaciones pendientes, resulta sumamente corto el plazo de un año. El proyecto de 1851 se inspiró en las leyes patrimoniales castellanas; el Código en las necesidades de la vida jurídica moderna.

VII. *Aceptación, renuncia y extinción del albaceazgo.*— Según hemos visto, uno de los caracteres del albaceazgo es el de ser eminentemente voluntario. Sin embargo, una vez aceptado, pasa á ser obligatorio si no sobreviniese excusa admisible, al prudente arbitrio del juez. (Art. 739 del proyecto y 898 y 899 del Código.)

La renuncia ó no admisión del cargo lleva consigo la pérdida de la porción que el testador hubiese legado á los ejecutores testamentarios por vía de remuneración, cuya parte acrecerá á los demás. (Art. 740 del proyecto y 908, segundo párrafo, del Código.)

Finalmente, el albaceazgo se extingue por la muerte ó imposibilidad, justa causa ó remoción del albacea, y por el lapso del término señalado por el testador ó por la ley. (Artículo 738 del proyecto y 910 del Código.)

*
* *

Sobre la formación del inventario. — En el proyecto de 1851 existían varios artículos relativos á la formación del inventario de los bienes de la herencia, cuyos artículos no han sido recogidos por el Código vigente. En consideración á esta circunstancia, nos limitaremos á insertarlos literalmente.

Art. 731. Los albaceas no podrán, so pretexto de pago de legados y funerales, proceder al inventario de los bienes del difunto contra la voluntad de los herederos.

Art. 732. Se procederá á la formación de inventario siempre que el testador lo hubiese ordenado, ó los herederos lo consintiesen.

Si alguno de los herederos no tuviere la libre administración de sus bienes, ó fuese alguna corporación ó establecimiento público, deberán los albaceas ponerlo inmediatamente en conocimiento del padre, tutor, curador ó administrador, y hallándose éstos fuera del domicilio del difunto, darán principio á la formación del inventario.

Si el heredero, libre en la administración de sus bienes, se hallase ausente, bastará darle noticia.

Art. 733. Deberán también los albaceas recibir inventario, siempre que el testador les hubiese encargado la inversión ó distribución de todo ó parte de la herencia en alguna fundación ú objetos piadosos, ó de pública utilidad, permitidos por las leyes.

En este caso, la enajenación de los bienes, siendo necesaria, se hará en subasta pública y judicial.

Art. 734. En todos los casos de los artículos anteriores se observará en la formación del inventario lo dispuesto en la sección quinta, capítulo I, título III de este libro.

PROYECTO DE 1882

De las mandas y legados: lib. III, tit. III, cap. I, sección octava (artículos 843 al 876).—De los albaceas ó testamentarios: sección décima (artículos 893 al 914).

En el corto tiempo transcurrido desde 1882 á 1889, en nada se alteró la mansa corriente del derecho civil castellano. Formado ya el proyecto precursor, no es extraño que sirviera como de armazón para sobre él construir el Código que nos rige.

Sentado esto, y con el fin de evitar repeticiones, limitaremos el estudio comparativo á los artículos del proyecto y del Código que tengan entre sí alguna discrepancia.

***

I. FACULTAD DE ESTABLECER MANDAS Y LEGADOS.

a) *Evicción.* — Artículos 843, 844 y 845 del proyecto y 858, 859 y 860 del Código vigente.

La comparación de los mismos revela su identidad.

II. CLASES Y MODALIDADES DE LOS LEGADOS.

a) *Legado de cosa ajena.* — El Código ha copiado el proyecto de 1882 (artículos 846-847 del proyecto y 861-862 del Código.)

b) *Legado de cosa propia del legatario.* — Contienen la misma doctrina, salvo ligeras diferencias de redacción, los artículos 848 y 849 del proyecto y los 863 y 864 del Código.

c) *Legado de cosa fuera del comercio.*—Artículos 850 del proyecto y 865 del Código.

Coinciden.

d) *Legado de cosa empeñada, hipotecada ó gravada.*—Artículos 851 del proyecto y 867 del Código.

No media entre ellos la más leve diferencia.

e) *Legado de cosa sujeta á usufructo, uso ó habitación.*—Artículos 852 del proyecto y 868 del Código.

Decimos lo mismo.

f) *Legados alternativos.*—Artículos 859 del proyecto y 874 del Código.

Establecen la misma regla.

g) *Legado de cosas indeterminadas.*—Artículos 860 del proyecto y 875 del Código.

La regla que sancionan es la misma. Su expresión distinta.

El Código, con mayor sobriedad y corrección, llama cosa mueble genérica á lo que el proyecto calificaba de cosa mueble indeterminada, pero comprendida en algún género ó especie determinados por la naturaleza ó por designación del hombre.

El Código, al ocuparse de la elección de la cosa legada, se limita á decir que el heredero cumplirá con dar una que no sea de la calidad inferior ni de la superior; el proyecto ordenaba además que se tuvieran en consideración el capital hereditario y las circunstancias personales del favorecido con el legado.

h) *Legados de alimentos y de educación.* — Artículos 864 del proyecto y 879 del Código.

Uno y otro regulan del mismo modo estas clases de legados. Únicamente al legislar respecto de la tercera modalidad del legado de alimentos, ó sea en el caso de que el testador acostumbrara en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero por vía de alimentos, expresa el Código que se entenderá legada la misma cantidad *si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.* Las palabras subrayadas no constan en el proyecto, pero, en cambio, el Código ha omitido decir quién es el llamado á determinar y decidir la proporcionalidad del legado.

III. ADQUISICIÓN DE LOS LEGADOS.

a) *Legados puros y condicionales.* — Artículos 866 del proyecto y 881 del Código.

Proyecto y Código declaran unánimemente que el legatario adquiere derecho á los legados puros y simples, desde la muerte del testador.

Los legados condicionales se rigen por los mismos preceptos que las obligaciones de dicha clase. Las condiciones han de ser morales, posibles y ajustadas al derecho constituído. En su consecuencia, las imposibles, contrarias á las leyes ó las buenas costumbres, se tienen por no puestas, y en nada perjudican al heredero ó legatario. (Artículos 879 del proyecto y 792 del Código civil vigente.)

b) *Legado de cosas específicas y determinadas, propias del testador.*—Artículos 867 del proyecto y 882 del Código.

Disponen que cuando el legado sea de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde la muerte de aquél.

Respecto de los frutos y rentas, el proyecto adjudicaba al legatario los que se hallaren pendientes y los futuros. El Código, con más sentido jurídico, ha prescindido por innecesario de mencionar los frutos futuros, pero, en cambio, declara que las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte del causante, no corresponden al legatario; y siendo esto así, es llano que deben entrar en el cauce de la sucesión universal.

c) *Legado de cosas genéricas ó de cantidad.* — No discrepan los artículos 869 del proyecto y 884 del Código al estatuir que en dicha clase de legados, los frutos ó intereses corresponderán al legatario desde la muerte del testador cuando éste así lo hubiere dispuesto expresamente; pero el proyecto añadía que sucedería lo propio cuando el legado fuere de un fundo ó de un capital ó de otra cosa fructífera, y el Código ha borrado este segundo caso.

d) *Legados de pensiones periódicas ó de cierta cantidad anual, mensual ó semanal.* — El proyecto de 1882, bebiendo su inspiración en los Códigos de Méjico y Portugal, dispuso en su art. 865 que el legado de pensión, fuesen cualesquiera la cantidad, el objeto y los plazos, correría desde la muerte del legatario, sería exigible al principio de cada período y el legatario haría suya la pensión que tuviere derecho á cobrar, aunque muriera antes de que terminare el período comenzado.

El Código (art. 880) ha conservado la misma doctrina, pero ha buscado mayor claridad en la expresión de los conceptos; por ésto autoriza al legatario para reclamar la pensión ó cantidad del primer período así que muera el testador, y las sucesivas al principio de los subsiguientes períodos.

e) *Entrega de la cosa legada.* — Regulaban este punto en el proyecto los artículos 868, 870 y 871, disponiendo que la cosa legada deberá ser entregada al legatario con todos sus accesorios en el estado que tenía al morir el testador, que el legatario por sí no podia ocupar la cosa legada y que los gastos necesarios para la entrega serían de cuenta de la herencia sin perjudicar á la legítima. Los artículos 883, 885 y 886 del Código repiten casi con las mismas palabras la doctrina expuesta por el proyecto, con la sola diferencia de que el art. 885 faculta al albacea para hacer la entrega de la cosa legada si estuviere expresamente autorizado para ello.

IV. ORDEN DE PRELACIÓN PARA EL PAGO DE LEGADOS.— Según el proyecto que comparamos, cuando los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se efectuará en el siguiente orden:

1.° Legados declarados preferentes por el testador.

2.° Los de alimentos ó de educación.

3.° Los remuneratorios.

4.° Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario.

Y 5.° Los demás á prorrata.

El Código en este punto ha variado radicalmente el orden de prelación.

Los legados remuneratorios, que en el proyecto ocupaban el tercer lugar, han ganado el primer puesto de la escala.

Los de cosa cierta y determinada, que figuraban los penúltimos, han corrido hasta ocupar el segundo lugar.

Los que el testador hubiese declarado preferentes, han bajado del primer lugar al tercero.

Finalmente, los de alimentos ó educación, que en el proyecto aparecían los segundos, han pasado, divididos en dos ramas, á los lugares cuarto y quinto.

¿A qué han obedecido estas mudanzas? ¡Misterios de la filosofía del derecho!

V. ACEPTACIÓN, RENUNCIA Y EXTINCIÓN DE LOS LEGADOS.— Recogían esta materia en el proyecto de 1882 los artículos 874, 875, 853 y 855.

Según el primero de dichos artículos, el legatario no podía aceptar una parte de un legado y repudiar la otra. El Código, en su art. 889, autoriza la renuncia parcial; lo que impide es, en un mismo legado, admitir la parte puramente lucrativa y rehusar la onerosa.

En punto á la posibilidad de renunciar un legado siempre que se trate de dos, ambos de naturaleza gratuita ú onerosa, coinciden exactamente al autorizarlo los artículos 875 del proyecto y 890 del Código.

Los casos en los cuales queda sin efecto el legado, por transformación, venta ó perecimiento de la cosa legada, han sido legislados del mismo modo en el proyecto y en el Código. (Artículos 853 y 869.)

Y otro tanto cabe decir de la regla de caducidad contenida respectivamente en los artículos 855 y 871 del proyecto y Código.

Por último, ambos cuerpos legales comparados están conformes (art. 873 del proyecto y 888 del Código) en que

cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó éste por cualquiera causa no pueda tener efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer.

VI. Caso de que toda la herencia se distribuya en legados.—Tomándolo de los Códigos de Portugal y Méjico, el proyecto de 1882 introdujo en España por vez primera la teoría de que cuando toda la herencia la distribuye el testador en legados sin instituir ningún heredero, se prorratearán las deudas y gravámenes de aquélla entre los partícipes, á proporción de sus cuotas, á no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa. (Art. 876.)

La teoría se ha convertido en derecho positivo, y hoy el artículo 891 del Código vigente repite letra por letra la regla de su precursor el proyecto de 1882.

VII. Legados por sustitución.—Basta que consignemos el art. 790 del proyecto, igual al 789 del Código.

Dice así:

«Todo lo dispuesto en este capítulo (sustitución) respecto á los herederos, se entenderá también aplicable á los legatarios.»

DE LOS ALBACEAS Ó TESTAMENTARIOS

Libro III, tít. III, cap. I, sección décima (artículos 893 al 914).

En líneas generales, puede afirmarse que confrontan las secciones que á legislar sobre los ejecutores testamentarios consagran el proyecto de 1882 y el Código civil.

Dando, pues, por sentada esta analogía en las líneas generales de la doctrina, nos limitaremos á exponer las leves diferencias, casi siempre de forma, que se perciben entre uno y otro cuerpo jurídico.

Artículo 893 del Código y 894 del proyecto.—Decía este último que la mujer casada sólo podía ser albacea con la licencia de su marido. El Código añade que dicha autoriza-

ción no será necesaria cuando se halle legalmente separada de su esposo.

Artículo 898 del proyecto y 897 del Código.—Aquí la disidencia de los dos textos citados no es meramente formal; atañe á la sustancia de la ley, y responde á una reintegración para el derecho legislado, de un principio jurídico puesto en olvido por los legisladores que compusieron el proyecto.

Dijo éste en el citado art. 898, que si el testador no hubiese establecido mancomunidad entre los albaceas ni fijado el orden en que debieran desempeñar su cargo, se entenderán nombrados solidariamente y desempeñarán el albaceazgo todos juntos ó cualquiera de ellos. En concreto: el autor del proyecto erigió la solidaridad, en obligación á la tácita, siendo así que indeclinablemente ha de ser expresa, y que cuando de un modo taxativo no se establece, rige la mancomunidad. Volviendo por las buenas tradiciones, el Código ha sancionado que, «si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, ni fija el orden en que deben desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñarán el cargo como previenen los artículos 895 y 896.

Así también, el legislador ha puesto en concordancia la teoría del albaceazgo *in solidum*, con la que el art. 1.137 define respecto de las obligaciones de la misma clase.

Artículo 902 del Código y 903 del proyecto.—Coinciden en sus tres primeros números. Al tratar de la cuarta facultad que la ley encomienda á los albaceas cuando el testador no las hubiese determinado expresamente, decía el proyecto con manifiesta claridad:

«Hacer inventario de los bienes del difunto en presencia del heredero, ó después de haberle citado.» El Código ha sustituído el texto transcrito por este otro:

«Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes con intervención de los herederos presentes.»

¿Qué duda cabe de que este último párrafo dilata la jurisdicción de los albaceas, porque, lejos de limitarla á la formación del inventario, primordial medida de toda precaución, la extiende á la conservación y custodia de los bienes constitutivos de la masa hereditaria?

Artículo 903 del Código y 904 del proyecto.—La diferente redacción dada al art. 904 del proyecto en el Código vigente, despierta un recelo del que nos ocuparemos en el comentario.

El proyecto de 1882, después de prever el caso de que en la herencia no hubiese dinero bastante con que atender á las obligaciones hereditarias (sufragio funeral, pago de legados), facultaba á los albaceas para, con la intervención de los herederos, proceder á la venta de bienes muebles, y si éstos no alcanzasen á cubrir las atenciones expresadas, á la de los inmuebles en la medida necesaria para cubrirlas. De regla tan categórica deducíase que en todo caso, tanto en la venta de bienes muebles como en la de bienes raíces, la intervención de los herederos era necesaria.

El Código limita, distingue. Dice así: «Si no hubiese en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aprontasen de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.»

De la contextura de este precepto se desprende que la venta de los bienes mobiliarios podrán hacerla los albaceas por sí y ante sí, salvo cuando estuviere interesado en la herencia algún menor ausente, corporación ó establecimiento público, pero que cuando se trate de vender bienes inmuebles será condición precisa la de que en la venta intervengan los herederos.

Artículos 905 y 906 del proyecto. — Carecen de equivalencia en el Código.

Dichos artículos dicen así:

* Existiendo herederos forzosos, no podrá el testador disponer que los albaceas se apoderen ó tomen posesión de los bienes hereditarios, pero sí ordenar que mientras la herencia esté pro-indiviso, los actos y contratos que celebren los herederos se hagan con su intervención ó citación en forma.

* Si los herederos fueren voluntarios y el testador, por cualquier motivo, hubiere diferido ó aplazado la entrega de los bienes al heredero, se podrá autorizar á los albaceas para que los conserven y administren, atendiendo con su producto á las cargas de la herencia.

Esto se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 892 para el caso en que el testador hubiere instituído heredero desde ó hasta cierto tiempo.

Artículos 908 del proyecto y 905 del Código. — Uno y otro cuerpo de derecho están contextes en ordenar que si el testador quisiere ampliar el plazo legal del albaceazgo, deberá señalar expresamente el de la prórroga, entendiéndose prorrogado por un año en el caso de que no lo hubiere señalado. El Código, más previsor que el proyecto, ha dispuesto además que si, transcurrida la prórroga, no se hubiere cumplido todavía la voluntad del testador, podrá el juez conceder otra por el tiempo que fuese necesario, atendidas las circunstancias del caso.

Artículos 909 del proyecto y 906 del Código.—Este último, con relación al primero, ha introducido una novedad: la de que los herederos y legatarios podrán, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo que crean necesario.

ALEMANIA

Prosiguiendo la exposición del Código germánico, no por su propia exégesis, sino por la del Código civil español, tócanos ahora ocuparnos de los legados.

Es el derecho civil alemán de abolengo romano; romanas son sus fuentes, aun aquellas cuyo raudal vierte por compilaciones germánicas como el Landrecht prusiano; romanistas insignes los que han trabajado en la confección del Código, Windscheid entre otros. ¡Qué extraño es que el título que vamos á exponer se halle influído por el casuismo de las leyes del Digesto!; sin que por esto quepa afirmar que el derecho alemán es puramente tradicional. Buena prueba en contrario ofrece en este mismo título la supresión de las *Cuartas Falcidia y Trebelliánica* (art. 2.187.) Lo que hay es que el Código llamado á regir el imperio de Alemania tiene sus rasgos individuales, eminentemente acentuados, no pareciéndose á ninguno de los Códigos vigentes, ni por su plan, ni por su estructura, ni por sus doctrinas.

LEGADOS

Tít. IV.—Sección tercera.—Lib. V.

Concepto del legado.—Rehuye definirlo, recordando, sin duda, la aserción de Javoleno. Pero aunque no lo defina ni siquiera del modo indirecto que lo hace el art. 660 del Código español, distribuye los caracteres diferenciales del legado en varios textos, de suerte que, agrupándolos, se forma su cabal concepto y es factible construir su definición.

Ya en los artículos 1.939 al 1.941, correspondientes á la *Sección primera* (orden legal de las sucesiones), *lib. V*, se dice:

* El testador, por su testamento, puede favorecer á una persona con cierta porción de su patrimonio sin instituirle heredero. (Art. 1.939).

* Asimismo el testador puede gravar al heredero ó al legatario con una prestación. (Art. 1.940.)

* El testador puede contractualmente instituir un heredero, *conceder legados* ó imponer gravámenes. La herencia

ó el legado puede recaer ó sobre una de las partes contratantes, ó sobre un tercero.

Hay que traer á colación también el art. 1.967, á cuyo tenor,

* Forman parte de las obligaciones de la sucesión las deudas del difunto las obligaciones que incumben al heredero como tal, y en particular las provenientes de los derechos de los reservatarios, de *los legados* y de las imposiciones de gravámenes.

Finalmente, encabezando el *tit. IV* de la *Sección primera del lib. V*, se encuentra el art. 2 147, el cual, recogiendo la misma idea expuesta en el art. 1.939 y reproduciéndola oportunamente, declara que el heredero ó el legatario pueden ser gravados con un legado; añadiendo que, salvo disposición en contrario del testador, se presume siempre que el legado grava al heredero.

Todos estos elementos, dispersos por varios lugares del Código alemán, permiten formar el concepto que buscamos.

Es el legado, propiamente dicho, una disposición *mortis causa* del testador sobre una porción singular de su patrimonio.

La nota característica del legado alemán es su posible contractualidad. Pueden pactar las partes interesadas, ó la institución de un legado en beneficio de una de ellas, ó de un tercero extraño al pacto.

Al lado de la institución de legados figura la imposición de cargas ó gravámenes, caracterizadas más principalmente por recaer sobre el heredero ó legatario en la forma de obligaciones personales; v. gr., el llamado legado de alimentos es propiamente un legado para el favorecido, pero es una carga para el heredero que tiene que pagar la pensión alimenticia.

Mantienen tan íntima analogía las llamadas cargas por el Código germánico con los legados ó liberalidades *mortis*

causa, que el art. 2.192 los asimila, declarando aplicables á las primeras muchas de las disposiciones dictadas para regular estos últimos.

*
* *

Mancomunidad proporcional de las obligaciones de herederos y legatarios cuando varios de ellos han sido gravados con un mismo legado.—* Cuando varios herederos ó legatarios han sido gravados con un mismo legado, responden, en caso de duda, los herederos en proporción de su cuota hereditaria, y los legatarios en proporción del valor de su legado. (Art. 2.148.)

Cuándo se presume que un legado debe recaer en beneficio de los herederos legítimos.—* Si el testador dispusiese que un objeto de la herencia no pertenezca al heredero instituído, se reputará que constituye un legado en favor de los herederos legítimos.

Al fisco no se le considera heredero legítimo en el caso del artículo. (Art. 2.149.)

Legados por vía de mejora.—* El legado hecho al heredero por vía de mejora se reputa legado aun en aquello en que el heredero favorecido sea también gravado. (Art. 2.150.)

Legados en los cuales no se determina la persona favorecida.—* El testador puede favorecer con un legado á varias personas, dejando la determinación de la favorecida, bien al heredero gravado, bien á un tercero.

La decisión del heredero se notificará solemnemente al que deba recoger el legado.

Del mismo modo, el tercero debe notificar su decisión al heredero gravado con el legado.

Si el heredero ó el tercero no hiciesen determinación de persona, los favorecidos serán acreedores solidarios, respecto del instituído.

Lo propio ocurrirá cuando la autoridad judicial, á peti-

ción de parte interesada, fíjase un término al heredero ó al tercero para la designación de persona, y el término venciese sin hacerse la declaración.

En caso de duda, el favorecido con el legado no estará obligado á partirlo. (Art. 2.151.)

* Cuando el testador hubiese instituído sin designación particular á muchas personas, pero con la condición que una sola de entre ellas sea la legataria, al heredero gravado corresponde determinar la persona favorecida. (Artículo 2.152.)

Legados en los cuales no se determine la parte que á cada legatario corresponda en el objeto legado. —* El testador puede instituir un legado para varias personas, con la condición de que el heredero ó un extraño determinen lo que á cada una deba pertenecer del objeto legado.

En este caso regirá el art. 2.151.

Si el heredero gravado ó el tercero no pudiesen hacer la determinación, los favorecidos se considerarán acreedores por partes iguales, siendo aplicable por analogía la disposición del art. 2.151. (Art. 2.153.)

Legado de cosa determinada entre varias de la misma ó distinta especie: A quién incumbe la elección.—* El testador puede hacer un legado con la condición de que entre varios objetos sólo corresponda uno de ellos al legatario.

Si en este caso la designación se ha dejado á la voluntad de un tercero, debe éste notificársela al heredero.

Si el tercero no hiciese la elección, este derecho pasa al heredero. (Art. 2.154.)

Legado de cosa determinada sólo por su especie.— * Cuando el testador hubiese determinado la cosa legada sólo por su especie, deberá tenerse en cuenta la situación del legatario para proceder á la elección.

Si la determinación de la cosa ha sido encomendada al mismo legatario ó á un tercero, se aplicarán las disposiciones del art. 2.154.

Si la elección hecha por el legatario ó el extraño no corresponde con la situación del primero, queda la designación á merced del heredero gravado, del mismo modo que si el testador nada hubiese previsto sobre la determinación de la cosa legada. (Art. 2.155.)

Legados instituídos con un fin concreto, pero la determinación de cuya prestación queda á la equidad de un tercero.—* Aunque el testador haya instituído un legado con un fin concreto, puede dejar á la equidad del heredero ó de un extraño la determinación de la prestación; siendo aplicables por analogía los artículos 315 á 319. (Art. 2.156.)

Cosa legada á varias personas.

a) Reglas de analogía.—* Si un mismo objeto ha sido legado á varias personas, se aplicarán por analogía las disposiciones de los artículos 2.089 á 2.093. (Art. 2.157.)

b) Derecho de acrecer.—* Cuando un mismo objeto ha sido legado á varias personas, y una de ellas decae de su derecho antes ó después de la transmisión, su parte acrece á los otros favorecidos, en la proporción de sus cuotas.

La misma regla se seguirá cuando el testador hubiese determinado la parte de los legatarios.

Si alguno de los legatarios fuese llamado conjuntamente en la misma parte, tendrá lugar entre ellos el derecho de acrecer.

El testador podrá impedir el derecho de acrecer. (Artículo 2.158.)

c) Estimación jurídica de la parte ganada por derecho de acrecer.—* La parte que corresponda á un legatario por derecho de acrecer, se reputará legado particular á los efectos de los legados y cargas con que haya sido gravado dicho legatario ó aquel otro que haya decaído de su derecho. (Artículo 2.159.)

Ineficacia de los legados.—Cuándo se produce.—* El legado queda sin efecto si el legatario no viviere al tiempo de abrirse la sucesión. (Art. 2.160.)

Persistencia jurídica del legado.—Caso en que procede. * El legado conserva sus efectos, salvo expresión en contrario del testador, aun cuando el gravado no adquiera la cualidad de heredero ó legatario.

En este caso, se considera gravado aquel á quien la falta del primero aproveche inmediatamente. (Art. 2.161.)

Legados con condición suspensiva ó á término.—Cuándo pierden su eficacia. — * El legado hecho bajo una condición suspensiva ó con fijación de un término inicial, pierde sus efectos por el transcurso de treinta años desde la apertura de la sucesión, si la condición ó el término no se hubieren cumplido antes.

Si el favorecido no hubiere sido todavía engendrado en el momento de deferirse la sucesión, ó si su personalidad no se ha de determinar sino por un hecho posterior al deferimiento, el legado pierde sus efectos por el transcurso de treinta años, contados desde que la sucesión se abrió, si antes el legatario no hubiere nacido ó tenido lugar el acontecimiento determinante de su personalidad. (Art. 2.162.)

* En los casos del artículo anterior, el legado conserva sus efectos aun después de transcurridos los treinta años:

I. Cuando hubiere sido hecho para el caso en que se realizare un acontecimiento determinado, referente á la persona del heredero ó del legatario, y aquel en cuya persona deba realizarse dicho acontecimiento, viva en el momento de abrirse la sucesión.

II. Cuando un heredero, un sustituto fideicomisario ó un legatario hubiere sido gravado con un legado en provecho del hermano ó hermana de los mismos, en caso de que éstos nazcan.

Si el heredero gravado ó el legatario, respecto de los cuales deba realizarse un acontecimiento, es una persona jurídica, se estará al lapso de treinta años. (Art. 2.163.)

Extensión del legado.—Cosas accesorias.—El legado de cosa se extiende en caso de duda á los accesorios de esta

cosa existentes en el momento del fallecimiento del causante.

Si el testador tiene derecho al resarcimiento del daño causado á la cosa, después de instituído el legado, éste se extiende, en caso de duda, al mismo derecho. (Art. 2.164.)

Gravámenes de la cosa legada. — * Cuando se legue un objeto que forma parte de la sucesión, el legatario, en caso de duda, no puede exigir la extinción de los derechos que graven el objeto legado.

Si el testador tenía derecho á la redención del gravamen, el legado, en caso de duda, se extiende también á dicho derecho.

Si sobre el fundo legado gravase una hipoteca, una deuda ó renta sobre la tierra perteneciente al testador, conviene investigar, según las circunstancias, si la hipoteca, la deuda ó la renta forman parte del legado. (Art. 2.165.)

Gravámenes hipotecarios de la cosa legada. — * Cuando un fundo legado perteneciente á la sucesión, aparezca gravado con una hipoteca por una deuda del testador ó por una deuda que el testador deba pagar al mismo tiempo que el deudor, el legatario, en caso de duda, está obligado hacia el heredero á satisfacer el crédito hasta donde alcance el valor del fundo.

El valor se determina teniendo en cuenta el momento en que la propiedad se transfirió al legatario, y se calcula hecha deducción de las cargas sobre las cuales la hipoteca tiene preferencia.

Si respecto al testador estuviere obligado un tercero á pagar la deuda, sólo subsistirá, en caso de duda, la obligación del legatario, en cuanto el heredero no pueda obtener dicho pago del tercero. (Art. 2.166.)

* Si concurrentemente con el fundo legado, otros fundos correspondientes á la sucesión aparecen gravados con hipoteca, la obligación del legatario se restringe, en caso de duda, á la fracción de deuda que resulte según la proporcion entre el valor del fundo legado y el valor de los fundos re-

unidos. Este valor se calcula por la regla establecida en el artículo anterior. (Art. 2.167.)

Deudas y pensiones acensuadas sobre el fundo legado. * Cuando sobre varios fundos pertenecientes á la misma sucesión exista una deuda solidaria ó una renta acensuada también solidaria, y uno de estos fundos se legare, el legatario, en caso de duda, vendrá obligado, con respecto al heredero, á satisfacer el crédito en la debida proporción que corresponda, habida consideración al valor del fundo legado y al de todos los fundos. Este valor se calculará de conformidad con lo establecido en el art. 2.166.

Cuando conjuntamente con el fundo legado se grava otro fundo no perteneciente á la sucesión, se aplican por analogía los artículos 2.166 y 2.167, si en el momento de deferirse la herencia el causante estaba obligado respecto del propietario del segundo fundo ó de su sucesor á pagarle el crédito. (Art. 2.168.)

Legados de cosas extrañas á la sucesión.—* El legado de cosas determinadas no produce efecto si la cosa no pertenece á la sucesión en el momento de abrirse ésta, salvo el caso en que el legado se refiriese expresamente á la cosa, aun cuando estuviese fuera de la sucesión.

Si el difunto sólo tuviese la posesión de la cosa, en caso de duda, se entiende legada dicha posesión, á menos que por ella no obtenga ningún beneficio el legatario.

Si el testador tenía derecho á la prestación del objeto legado ó al reembolso de su valor, y después de la otorgación del legado la cosa pereciese ó fuese sustraída, el derecho del testador se reputa en caso de duda transferido al legatario.

No pertenece á la sucesión en el sentido del párrafo 3.° aquel objeto que el testador estuviese obligado á enajenar. (Artículo 2.169.)

Deber del heredero cuando se trate del legado de cosa no perteneciente á la sucesión.—* Cuando, conforme al artículo 2.169, sea válido el legado de una cosa no perte-

neciente á la sucesión, el heredero debe procurarle dicha cosa al legatario.

Cuando el heredero no pudiese obtener el objeto legado, debe abonar al legatario su valor. De la misma manera, si el heredero no puede obtener el objeto legado sino mediante gastos excesivos, puede cumplir su compromiso abonando su precio. (Art. 2.170.)

Legado cuya prestación sea imposible ó prohibida por la ley.—* Es nulo el legado que tenga por objeto una prestación imposible ó prohibida por la ley en el momento de abrirse la sucesión. Son aplicables por analogía las disposiciones del art. 308. (Art. 2.171.)

* Se reputa igualmente imposible el legado, si la cosa legada se halla unida á otra, de modo que por la virtualidad jurídica de los artículos 946 á 948, el derecho de propiedad de la primera se extiende forzosamente á la segunda, ó si sobre las mismas hay comunidad, ó si la cosa legada se ha transformado por especificación de tal suerte que, al tenor del art. 950, aquel que ha hecho la cosa nueva debe ser su propietario.

Si la accesión, mezcla ó confusión ha sido hecha por una persona distinta del testador, y éste por efecto de dicho motivo adquiere la copropiedad, ésta en caso de duda se considera legada.

Si el testador tenía el derecho de detraer la cosa unida, este derecho en caso de duda se transmite al legatario.

En el caso de especificación ó transformación por una persona distinta del testador, se estará á lo dispuesto en el artículo 2.169. (Art. 2.172.)

Legado de crédito perteneciente al testador.—* Cuando el testador lega un crédito que le pertenece, si la prestación tiene lugar antes de abrirse la sucesión y el objeto existe todavía en la misma, al deferirse ésta se considera, en caso de duda, que el crédito se transmite al legatario.

Si el crédito tiene por objeto el pago de una suma de di-

nero, se reputará legada la suma equivalente en caso de duda, aun cuando no se encuentre en la sucesión. (Artículo 2.173.)

Derechos del legatario.—* El legado confiere al legatario el derecho de exigir al heredero la entrega de la cosa legada. (Artículo 2.174.)

Efectos del legado de un crédito del testador contra el heredero.—Cuando el testador lega un crédito que tiene contra el heredero, ó un derecho que grava la cosa ó el derecho del heredero, las relaciones jurídicas extinguidas por consecuencia de la apertura de la sucesión, por la reunión del derecho y de la obligación ó del derecho y la carga, se reputan no extinguidas á los efectos del legado. (Art. 2.175.)

Cuándo nace el derecho del legatario.—* El derecho del legatario nace, sin perjuicio de la facultad de repudiar el legado, en el momento de abrirse la sucesión. (Art. 2.176.)

Cuándo nace el derecho del legatario si el legado ha sido hecho con condición suspensiva.—* Si el legado ha sido hecho bajo una condición suspensiva ó con fijación de un término inicial, y si la condición ó el término se realiza después de deferirse la herencia, la transmisión del legado se verifica por el cumplimiento de la condición ó del término. (Artículo 2.177.)

Cuándo se transmite el legado en el caso de que el legatario no haya sido engendrado al abrirse la sucesión.—* Si el legatario aún no ha sido engendrado al abrirse la sucesión ó si su personalidad no se ha de determinar sino por un acontecimiento posterior, la transmisión del legado se verificará en el primer caso por el nacimiento; en el segundo, por realizarse el hecho de que dependía. (Art. 2.178.)

* En los casos de los artículos 2.177 y 2.178, se aplican durante el tiempo comprendido entre la apertura de la sucesión y la transmisión del legado, las disposiciones relativas al caso de las prestaciones, debidas bajo condición suspensiva. (Art. 2.179.)

Aceptación y repudiación de los legados.—Una vez aceptado el legado no puede el legatario repudiarlo.

La aceptación y la repudiación deben hacerse por declaración solemne, notificada al heredero gravado.

Esta declaración no puede ser hecha sino después del fallecimiento del causante, y carece de eficacia si se hace condicionalmente ó á término. Se aplican por analogía las disposiciones de los artículos 1.950, 1.952, § 3.°, y 1.953, § 2.°, relativas á la aceptación y repudiación de la sucesión. (Artículo 2.180.)

Conviene tener presente el siguiente artículo, que asimismo regula la aceptación y repudiación de los legados:

* La mujer no necesita del consentimiento de su marido:

1.° Para la aceptación ó repudiación de un legado... (Artículo 1.406.)

Cuándo puede exigirse el cumplimiento de un legado si la determinación de la época en que debe cumplirse ha sido dejada al heredero. — Si la época de cumplimiento del legado ha sido dejada al libre arbitrio del heredero, la prestación, en caso de duda, vence al fallecimiento de este último. (Art. 2.181.)

Legado de cosa determinada sólo por su especie: Obligaciones del heredero gravado.—* Si el legado es de una cosa determinada sólo por su especie, el heredero tiene las mismas obligaciones que el vendedor, de conformidad con los artículos 433, 434 al 437, 440, 441 al 444.

Lo mismo sucede si ha sido legado un objeto determinado no comprendido en la sucesión; sin perjuicio de la limitación de responsabilidad sancionada por el art. 2.170.

Cuando el objeto del legado es un fundo, el heredero, en caso de duda, no responde de la libertad del predio en lo que concierne á las servidumbres territoriales, servidumbres personales restringidas y cargas de naturaleza real. (Artículo 2.182.)

* Si el legado es de cosa solamente determinada por su

especie, el legatario, cuando la cosa legada adolezca de vicios, puede exigir que en su lugar se le entregue otra libre de ellos.

Si el heredero ha ocultado maliciosamente los vicios de la cosa legada, el legatario puede exigir, en vez del saneamiento, la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del legado.

Se aplican, por analogía, á estos derechos las disposiciones relativas al saneamiento de las cosas vendidas. (Artículo 2.183.)

Frutos de la cosa legada: Á quién corresponden. — * Legado un objeto determinado, perteneciente á la sucesión, el heredero debe entregar al legatario los frutos percibidos á contar de la apertura de la sucesión y todo lo que el heredero hubiere recogido, en virtud del derecho legado.

El heredero no debe reembolsar los productos útiles que no formen parte de los frutos. (Art. 2.184.)

Gastos é impensas hechos por el heredero en la cosa legada: Su reclamación. — * Legada una cosa determinada, perteneciente á la sucesión, el heredero puede exigir, conforme á las disposiciones concernientes á las relaciones entre el poseedor y el propietario, el reembolso de las impensas hechas en la cosa, después de la muerte del causante, así como de los gastos realizados en la misma época para el pago de las cargas de la cosa. (Art. 2.185.)

Legados ó cargas impuestas al legatario. — * Cuando un legatario ha sido gravado con el pago de otro legado ó de una carga, no está en el deber de cumplirlos sino desde el momento en que pueda exigir la ejecución del legado que se le hizo. (Art. 2.186.)

* El legatario gravado con un legado ó con una carga, puede rehusar la ejecución, aun después de haber aceptado su legado, siempre que los bienes que reciba como legado propio no basten para satisfacer el legado ó carga impuesto sobre los mismos.

Si, de conformidad con el art. 2.161, el legatario gravado es sustituído por otra persona, la obligación de ésta se contrae á las que tuviere aquél.

Son aplicables, por analogía, las disposiciones del artículo 1.992, relativas á la responsabilidad del heredero. (Artículo 2.187.)

* Si la prestación debida al legatario sufre una merma por consecuencia de la limitación de responsabilidad del heredero, ó de un derecho de reserva ó por la aplicación del artículo 2.187, el legatario, salvo expresión contraria del testador, puede reducir proporcionalmente las cargas que le fueron impuestas. (Art. 2.188.)

Legados preferentes.—* Para los casos en que el legado ó las cargas impuestas al heredero ó al legatario hayan de ser reducidas por efecto de la limitación de responsabilidad del heredero, ó por consecuencia de un derecho de reserva ó por la aplicación de los artículos 2.182 y 2.188, el testador puede ordenar por disposición de última voluntad que uno de los legados ó cargas tenga preferencia sobre otro. (Artículo 2.189.)

Sustitución de legados.

a) Sustitución vulgar.—* Si el testador dona el objeto legado á otra persona para el caso en que el primer legatario no adquiera el legado, se aplican por analogía los artículos 2.097 á 2.099, relativos á la institución de un sustituto vulgar. (Art. 2.190.)

b) Sustitución fideicomisaria.—Cuando el testador dona el objeto legado á un tercero, á partir de un momento ó de un acontecimiento que deba realizarse después de la apertura de la sucesión, se reputa gravado el primer legatario.

Son aplicables por analogía en estos casos los artículos 2.102, 2.106, 2.107 y 2.110 relativos á la institución de un sustituto fideicomisario. (Art. 2.191.)

CARGAS

Título V.—Sección tercera.—Libro V.

Reglas de analogía.—* Se aplican por analogía á las cargas las disposiciones de los artículos 2.065, 2.147, 2.148, 2.154 al 2.156, 2.161, 2.171 y 2.181, relativos á los legados. (Artículo 2.192.)

Facultad de encomendar al heredero ó á un extraño la determinación de la persona favorecida.—* El testador que haya constituído una carga con determinado objeto, puede encomendar al heredero ó á un extraño la determinación de la persona en cuyo favor deba recaer la prestación.

Si la determinación corresponde al heredero, y éste hubiese sido condenado por sentencia firme á ejecutar la carga, puede, á petición del demandante, señalársele un término prudencial para ello. Vencido dicho término sin que el heredero haya cumplido con su obligación, el legatario puede por sí mismo hacer la determinación.

Si la determinación corresponde á un extraño, deberá ser notificada al heredero. Si el tercero no puede hacer la determinación, el derecho de hacerla pasa al heredero. Es aplicable por analogía el art. 2.151.

Por parte interesada se entiende en los casos del artículo el heredero gravado, y todo aquel que tuviese derecho á pedir la ejecución de la carga. (Art. 2.193.)

Facultad de pedir la ejecución de la carga.—* La ejecución de una carga puede ser pedida por el heredero, el coheredero y por aquella persona que se beneficie inmediatamente por la ausencia de la persona gravada.

La autoridad competente puede también compeler á la ejecución, cuando se trate de prestaciones de interés público. (Art. 2.194.)

Caducidad de la carga.—* La caducidad de la carga no arguye la nulidad de la liberalidad, á menos que se eviden-

cie que sin la carga el testador no hubiese otorgado la donación *mortis causa*. (Art. 2.195.)

Restitución de la liberalidad.—* Si la ejecución de la carga se hace imposible por consecuencia de una circunstancia no imputable al heredero, aquel á quien la ausencia de éste beneficie en primer término, tiene el derecho de exigir la restitución de la liberalidad, conforme con las disposiciones relativas al enriquecimiento sin causa, en la medida que la liberalidad hubiese debido ser empleada para ejecutar la carga.

Lo mismo rige cuando el heredero gravado hubiese sido condenado por sentencia firme á cumplir una carga que no pudiese ser ejecutada por un tercero, y siempre que, empleados los apremios conducentes, no hayan dado resultado. (Artículo 2.196.)

LEGADOS CONTRACTUALES

Pacto sucesorio: Restricción de la libertad dispositiva. * En el pacto sucesorio, cada uno de los estipulantes puede hacer disposiciones contractuales de última voluntad.

No se pueden hacer por contrato otras disposiciones que las de institución de heredero, legados y cargas. (Art. 2.278.)

Responsabilidad del disponente por sus actos dolosos.—* Si el disponente hubiese destruído, distraído ó deteriorado una cosa legada contractualmente con la intención de perjudicar al favorecido, dicha cosa se reemplaza por su valor si por dicho hecho el heredero no puede cumplir la prestación.

Si el disponente hubiese enajenado ó gravado el objeto legado con el propósito de causar daño al legatario, el heredero está obligado á entregarle el objeto ó á procurar redimir la carga, siendo aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 2.170.

Si la enajenación ó la carga se ha verificado ó impuesto

por título gratuito, el legatario tiene contra el donatario el derecho indicado en el art. 2.187, si no puede exigir indemnización del heredero. (Art. 2.288.)

Revocación del legado contractual.—* El pacto sucesorio que tenga por objeto un legado ó una carga, puede ser revocado por el testamento posterior perfecto del disponente.

Para la eficacia de la revocación se requiere el consentimiento del otro estipulante.

Son aplicables las disposiciones del art. 2.290, § 3.°

La declaración de conformidad debe ser solemne ante el Juez y autenticada por Notario.

El consentimiento es irrevocable. (Art. 2.291.)

ALBACEAS Ó EJECUTORES TESTAMENTARIOS

Tít. VI.—Sección tercera.—Lib. V.

Nombramiento de ejecutores testamentarios.

a) En el testamento. — * Por testamento se puede nombrar uno ó varios ejecutores testamentarios.

El testador puede designar otro ejecutor para el caso en que el primero nombrado no pueda serlo, bien antes ó después de la aceptación del cargo. (Art. 2.197.)

b) Por designacion de un tercero. — * El testador puede dejar á un tercero la designación de ejecutor testamentario.

Esta designación debe hacerse por manifestación expresa y autenticada ante la autoridad judicial. (*Tribunal de la Sucesión.*)

El derecho de designación del tercero cesa por el vencimiento del plazo que á petición de parte interesada fijare el Tribunal de la Sucesión. (Art. 2.198.)

c) Por el albacea testamentario. — * El testador puede conferir mandato al ejecutor testamentario para que á su vez nombre uno ó varios ejecutores adjuntos.

También puede el mandato extenderse al nombramiento de ejecutor que le suceda.

El nombramiento se ajustará á la forma prescrita en el artículo anterior. (Art. 2.199.)

d) Por el Tribunal de la Sucesión. — * A ruego del testador en su disposición de última voluntad, el Tribunal de la Sucesión puede nombrar un ejecutor testamentario.

Antes de la designación, el Tribunal debe oir á las partes interesadas cuando esto pueda hacerse sin pérdida de tiempo ni gastos excesivos. (Art. 2.200.)

Cuándo queda ineficaz el nombramiento de ejecutor testamentario. — * El nombramiento de ejecutor testamentario queda sin efecto cuando al tiempo de tomar posesión de su cargo carece de capacidad para contratar, ó su capacidad se halla restringida, ó sometido á curatela para la gestión de sus negocios, de conformidad con el art. 1.910. (Artículo 2.201.)

Aceptación y renuncia: Cuándo y cómo deben hacerse. — * Las funciones del ejecutor testamentario principian desde el momento de la aceptación.

La aceptación, como la renuncia, deben hacerse por declaración solemne ante la autoridad judicial. Sólo pueden formularse después de la apertura de la sucesión y quedan sin ningún valor si se las somete á condición ó término.

El Tribunal de la Sucesión, á petición de parte interesada, puede fijar al ejecutor testamentario un plazo para que acepte ó rehúse su cargo.

Al vencimiento de este plazo se entiende renunciado el cargo si la aceptación no se ha hecho antes en forma debida. (Art. 2.202.)

Atribuciones y deberes de los ejecutores testamentarios. Cumplir la voluntad del testador. — * El ejecutor testamentario debe ejecutar las últimas disposiciones del finado. Artículo 2.203.)

Liquidación de la herencia: Caso en que existan varios

herederos. — * Cuando existan varios herederos, el ejecutor testamentario, al practicar la liquidación de la herencia, debe subordinarse á los artículos 2.042 al 2.056.

El ejecutor testamentario debe escuchar á los herederos acerca del modo de verificar la liquidación. (Art. 2.204.)

El albacea es el administrador de la masa hereditaria: No puede otorgar disposiciones gratuitas. — * El ejecutor testamentario es el administrador de la masa hereditaria.

En su consecuencia, tiene especialmente el derecho de posesionarse de la masa y de disponer de los objetos que la constituyen.

Carece de la facultad de otorgar disposiciones gratuitas, á menos que respondan á un deber moral ó á una consideración de conveniencia. (Art. 2.205.)

Contratos hechos por el ejecutor testamentario en el ejercicio de su cargo. — * El ejecutor testamentario tiene el derecho de contratar con respecto á los bienes de la masa cuando estos contratos sean necesarios para una administración regular. Puede asimismo contratar para la herencia la obligación de disponer de algún bien de la masa aun en el caso de que el ejecutor tenga directamente la facultad de disponer.

El heredero viene obligado á prestar su consentimiento á la constitución de las expresadas obligaciones, sin perjuicio del derecho de hacer valer la limitación de su responsabilidad por las deudas de la masa. (Art. 2.206.)

* El testador puede disponer que el ejecutor testamentario no sufra limitación por lo concerniente á la facultad de estipular obligaciones para la masa.

Sin embargo, aun en este supuesto, el ejecutor testamentario no tiene el derecho de prometer donación sino en la medida indicada en el art. 2.205. (Art. 2.207.)

Limitaciones que el testador puede imponer á los ejecutores testamentarios. — * El ejecutor testamentario carece de las facultades á que aluden los artículos 2.203 al 2.206

cuando conste que la voluntad del testador fué no concedérselas.

Si la administración del ejecutor no comprende sino objetos aislados de la masa hereditaria, las facultades que el artículo 2.205 le confiere se restringen á dichos objetos.

Cuando el ejecutor testamentario no deba ejecutar por sí mismo la voluntad del testador, puede exigir la cooperación del heredero, salvo disposición expresa del causante en contrario. (Art. 2.208.)

* El testador puede encomendar á un ejecutor testamentario la sola facultad de administrar la masa hereditaria. Puede asimismo disponer que el ejecutor continúe administrando la masa después de haber cumplido el encargo ó encargos que especialmente le hubieren sido encomendados.

En caso de duda, se presume que el ejecutor testamentario ha recibido las facultades que expresa el art. 2.207. (Artículo 2.209.)

Cuándo queda sin efecto la administración conferida por el testador: Caso de excepción.—* La disposición hecha de conformidad con el art. 2.209 queda ineficaz transcurridos treinta años, contados desde la apertura de la sucesión.

El testador puede, sin embargo, ordenar que la administración continúe hasta la muerte del heredero ó del ejecutor testamentario ó hasta la realización de algún acontecimiento respecto de uno ú otro. Es aplicable, por analogía, lo dispuesto en el art. 2.163. (Art. 2.210.)

Incapacidad del heredero para disponer de los bienes sometidos á la administración de la masa. — * El heredero no puede disponer de un objeto de la masa sometido á la administración del ejecutor testamentario.

Se aplican, por analogía, las disposiciones relativas á los terceros adquirentes de buena fe. (Art. 2.211.)

Reclamación judicial de un derecho sometido á la administración de la masa hereditaria.— * Un derecho sometido

á la administración de un ejecutor testamentario, no puede ser reclamado en justicia sino por el mismo ejecutor. (Artículo 2.212.)

Reclamaciones judiciales contra la herencia. — * Los derechos contra la masa hereditaria pueden ser reclamados ante los Tribunales, repitiendo contra el heredero ó contra el ejecutor testamentario.

Si el ejecutor no tiene la administración de la masa, el ejercicio del derecho no puede repetirse sino contra el heredero.

El derecho á una cuota reservable sólo puede ejercitarse contra el heredero, aun cuando el ejecutor testamentario tenga la administración de la masa.

No es aplicable al ejecutor testamentario la disposición del art. 1.958.

El acreedor de la herencia que haga valer su derecho contra el heredero, puede también repetir contra el ejecutor testamentario para obtener que el heredero sufra la ejecución forzosa sobre los objetos de la masa, sometidos á su administración. (Art. 2.213.)

Acreedores del heredero que no lo sean de la masa. — * Los acreedores del heredero que no sean acreedores de la masa, no pueden repetir contra los objetos de aquélla puestos bajo la administración del ejecutor testamentario. (Artículo 2.214.)

Formación de inventario. — * El ejecutor testamentario debe formar y entregar al heredero, inmediatamente después de la aceptación de su cargo, un estado ó inventario comprensivo de los efectos hereditarios sometidos á su administración y de las deudas conocidas dependientes de la herencia. Debe asimismo prestar la asistencia necesaria para la formación del inventario.

Dicho estado contendrá la fecha de su redacción y la firma del ejecutor testamentario: Si se exigiere mediante demanda judicial, deberá legalizarse la firma.

El heredero puede reclamar que se le llame para la formación del susodicho estado.

El ejecutor testamentario tiene el derecho, y si el heredero lo exige, el deber de que la formación del estado se haga bajo la dirección de la autoridad por un funcionario ó Notario competente.

Los gastos de la confección y legalización son á cuenta de la masa. (Art. 2.215.)

Deberes del ejecutor testamentario como administrador de la masa. — * El ejecutor testamentario está en el deber de administrar rectamente.

Las medidas administrativas adoptadas por el testador en su disposición de última voluntad, deben ser respetadas por el ejecutor testamentario.

Esto no obstante, cuando dichas medidas comprometan gravemente la masa hereditaria, pueden ser sometidas al Tribunal de la Sucesión y éste revocarlas á petición del ejecutor testamentario ó de parte interesada. Antes de resolver el Tribunal, debe oir á los interesados. (Art. 2.216.)

Derechos del heredero respecto de los bienes hereditarios administrados por el ejecutor. — * El ejecutor testamentario debe dejar á la libre disposición del heredero, mediante petición en forma de éste, todos aquellos objetos de la masa que no sean necesarios para el cumplimiento de su deber.

Este abandono extingue su derecho de administración sobre dichos objetos.

El ejecutor testamentario no puede rehusar la entrega de estos objetos, por virtud de las obligaciones de la sucesión que no descansen sobre un legado, ó sobre una carga, ni por virtud de legados ó cargas condicionales y á término, cuando el heredero garantice el pago de las obligaciones ó ejecución de los legados ó de las cargas. (Art. 2.217.)

Reglas del mandato aplicables por analogía. — Son aplicables por analogía á las relaciones jurídicas existentes entre

el ejecutor testamentario y el heredero las disposiciones de los artículos 664-666 al 668-670, 673 y 674, relativas al mandato.

Si la administración se hubiere de prolongar bastante tiempo, el heredero tiene derecho á exigir la rendición de una cuenta anual. (Art. 2.218.)

Responsabilidad del ejecutor por los daños y perjuicios que ocasionare. — Si el ejecutor testamentario infringe las obligaciones que le incumben, es responsable de los daños que se le sigan al heredero y al legatario en el caso de corresponderle la ejecución de un legado.

Si fuesen varios los ejecutores testamentarios, en caso de incurrir en falta serán considerados como deudores solidarios. (Art. 2.219.)

Restricciones del testador respecto de ciertas obligaciones de los ejecutores testamentarios. — * El testador no puede liberar al ejecutor testamentario de las obligaciones que le incumben, al tenor de los artículos 2.215, 2.216, 2.218 y 2.219. (Art. 2.220.)

Retribución del ejecutor testamentario. — * El ejecutor testamentario puede exigir, en recompensa de sus funciones, una remuneración prudente, salvo disposición en contrario del testador. (Art. 2.221.)

Ejecutor testamentario nombrado en el lugar del sustituido, en una sustitución fideicomisaria. — * El testador puede también nombrar un ejecutor testamentario con el fin de que hasta la apertura de una sustitución fideicomisaria ejerza los derechos del sustituído y llene sus deberes. (Artículo 2.222.)

Ejecutores testamentarios para un solo objeto.—* El testador puede también nombrar un ejecutor testamentario encargado de velar por la ejecución de las cargas impuestas á un legatario. (Art. 2.223.)

Cuestiones entre varios ejecutores mancomunados: Quién las decide. — * El Tribunal de la Sucesión es el llamado á

decidir de las divergencias que se suscitaren entre varios ejecutores testamentarios llamados á desempeñar en común sus cargos.

Si alguno de ellos decayere de su derecho, los demás ejercerán sus funciones.

Sobre todas estas reglas está la voluntad del testador.

Cada uno de los ejecutores testamentarios tiene el derecho de adoptar sin el consentimiento de los demás, las medidas necesarias para la conservación de un objeto de la masa, sometido á la administración común. (Art. 2.224.)

Causas de extinción del albaceazgo. — * Las funciones del ejecutor testamentario se extinguen por su fallecimiento ó por realizarse alguno de los casos en los cuales, al tenor del art. 2.201, queda sin efecto su nombramiento. (Art. 2.225.)

Renuncia del cargo de ejecutor testamentario. — * El ejecutor testamentario puede en todo tiempo renunciar á su cargo, mediante declaración hecha ante el Tribunal de la Sucesión.

Son aplicables, por analogía, las disposiciones del artículo 671. (Art. 2.226.)

Remoción de los albaceas. — * A petición de parte interesada y por motivo grave, el Tribunal de la Sucesión puede remover á un ejecutor testamentario.

Constituye motivo suficiente una grave infracción de sus deberes ó la incapacidad para una gestión regular.

El ejecutor testamentario debe ser escuchado antes de ser removido cuando esto sea posible. (Art. 2.227.)

Inspección y publicidad de algunas declaraciones concernientes á los ejecutores testamentarios. — * El Tribunal de la Sucesión debe consentir á cualquiera que justifique un interés jurídico aparente, la inspección de las declaraciones dadas conforme á los artículos 2.198, 2.199, 2.202 y 2.226. (Artículo 2.228.)

BÉLGICA Y FRANCIA

Libro III: De las diferentes maneras de adquirir la propiedad.—Título II: De las donaciones entre vivos y de los testamentos.—Capítulo V: De las disposiciones testamentarias.—Sección sexta: De los legados particulares. (Artículos 1.014 á 1.024.)—Sección séptima: De los ejecutores testamentarios. (Artículos 1.025 á 1.034.)

Consideraciones generales.—La estructura de los Códigos belga y francés en materia de disposiciones testamentarias es, en general, diversa de la del español. Determinan dichos cuerpos legales que las disposiciones testamentarias son de una de estas tres clases: legado universal, legado á título universal y legado particular, tecnología distinta de la consignada en el nuestro, el cual, como sabemos, sólo admite dos conceptos jurídicos: sucesión á título universal (heredero) y sucesión á título singular (legatario).

Con referencia al legado particular, ó concretamente legado, se observa también notable distinción en la doctrina de unos y otros Códigos, bastando para comprenderlo la mera indicación de la circunstancia de que en tanto el español destina á ella treinta y cuatro artículos, el francés y el belga la desenvuelven en once.

No prevén dichas legislaciones extranjeras el caso de distribución de toda la herencia en legados; son en extremo concisas en la determinación de las clases de éstos, limitándose á enumerar el de cosa ajena, cosa indeterminada, cosa gravada con derecho á favor de tercero y al de un acreedor y nada dicen específicamente sobre aceptación y renuncia de legados. En lo referente á su adquisición, su producción jurídica es más abundante, conteniendo algunos preceptos análogos á los del Código patrio, pero callan sobre el orden de prelación de legados y sobre su extinción. La divergencia es patente y se observa desde luego.

Admiten los Códigos belga y francés el cargo equivalente al de *albacea*, bajo la denominación de *ejecutor testamentario*, con facultad en el instituyente (igual á la del Código español) de nombrar uno ó varios de ellos.

Un criterio uniforme reina en los Códigos comparados en este estudio respecto á lo fundamental de la capacidad para ser testamentario. Según los tres, sólo puede serlo el capaz para obligarse; es incapaz en absoluto el menor. La mujer casada puede serlo con licencia marital: con la judicial en Bélgica y Francia, y sin ninguna en España cuando exista separación legal de los cónyuges.

En los demás particulares no impera en general la misma relación de concordancia que en el acabado de exponer, aunque concuerdan en algunos preceptos, siendo la característica de la diferenciación doctrinal entre el Código español y los de Bélgica y Francia la existencia en el primero de mayor número de artículos, relativos algunos á ciertos extremos que no constan en los otros dos.

***

A) De los legados.

I. *Facultad de establecer mandas ó legados.*—No consta en los Códigos de Bélgica y de Francia precepto especial semejante al del art. 858 del español; encuéntrase sólo el general del párrafo 1.° del 1.002, según el cual, las disposiciones testamentarias pueden ser, ó universales (legado universal), ó á título universal (legado á título universal), ó á título particular (legado propiamente dicho).

II. *Obligaciones de las personas gravadas con legados.*—Con este epígrafe nos referimos al contenido del párrafo 2.° del artículo 858 y al art. 859 del Código español, en equivalencia á los cuales pueden citarse: el 1.017 de los Códigos belga y francés, según cuyo precepto, los herederos del testador ó las personas gravadas con legados son responsables

personalmente de su cumplimiento en proporción á su cuota hereditaria, é hipotecariamente en la totalidad del legado por el importe de los bienes inmuebles de la sucesión de que sean poseedores; y el 1.024, conforme al que el legatario no responde de las deudas de la herencia, salvo la reducción del legado y la acción hipotecaria á favor de los acreedores.

III. *Responsabilidad de los legatarios en caso de distribución de toda la herencia en legados.*—A este caso concierne el art. 891 del Código patrio, el cual no tiene propiamente concordante especial en los dos extranjeros con que le comparamos.

IV. *Clases de legados.*—De las varias modalidades de que trata el Código español, el belga y el francés sólo enumeran las siguientes:

a) Legado de cosa gravada con derecho á favor de tercero.—Dispone, respecto á este particular, el art. 1.020 de los citados cuerpos legales, que el gravado con el legado de cosa hipotecada por un crédito contra la sucesión ó á favor de un tercero, ó sobre la que se hubiera impuesto un usufructo, sea el gravamen anterior ó posterior al testamento, no está obligado á liberar la carga, á no haberlo dispuesto así expresamente el testador.

b) Legado de cosa ajena.—Declara nulo este legado el art. 1.021 de ambas leyes civiles extranjeras, supiese ó no el testador que la cosa no le pertenecía. Diferénciase, pues, profundamente de la doctrina del Código español, que distingue según el testador sabía ó no que la cosa era ajena, afirmando en el primer caso la validez del legado (art. 863), y en el segundo su nulidad (art. 862).

c) Legado de cosa indeterminada (mueble ó inmueble). Dispone en este punto el art. 1.022 de los Códigos de referencia, que el heredero no está obligado á dar una cosa de la mejor calidad, y él á su vez, no podrá ofrecer la peor. Se aparta también bastante de la ley civil codificada española, cuyo art. 875, en su segundo párrafo, se refiere sólo

al legado de inmueble determinado, prescribiendo que será válido si lo hubiere de su género en la herencia.

d) Legado á favor de un acreedor.—Reina perfecta concordancia relativamente á este legado, en lo fundamental, entre la doctrina del Código español (art. 873) y la de los belga y francés (art. 1.023); todos declaran que tal legado no se imputará al acreedor en parte de su crédito. Existe la diferencia de que el Código patrio exceptúa el caso de declaración del testador en contrario, excepción que no consta en los extranjeros.

El mismo artículo citado (1.023) habla del legado hecho á un criado, regido por igual criterio al del acreedor, ó sea el no compensarse con los salarios debidos.

V. *Aceptación y renuncia de legados.*—De las disposiciones referentes á estas materias contenidas en los artículos 889 y 890 del Código español, nada dicen el de Bélgica y el de Francia.

VI. *Adquisición de legados.*—Dentro de este punto reina alguna armonía entre la doctrina de los cuerpos legales de comparación.

Afirman los Códigos belga y francés, en su art. 1.014, el principio fundamental del art. 883 del Código español, de que en los legados puros y simples, el legatario adquiere derecho á la cosa legada desde la muerte del testador, derecho transmisible á sus herederos y causahabientes.

Añade el mismo art. 1.014 que, no obstante el precepto acabado de expresar, el legatario no podrá ocupar por sí la cosa legada, ni percibir sus frutos ó intereses sino á contar desde el día de la demanda, solicitando la entrega, ó desde el día en que voluntariamente se verificó ésta.

En el 1.015 determinan que el legatario hará suyos los intereses ó frutos de la cosa legada desde la muerte del testador, sin necesidad de interpelación judicial en estos dos casos: 1.° Cuando el testador haya expresado su voluntad en tal sentido. 2.° Cuando se trate del legado de una renta

vitalicia ó de una pensión. Estos dos preceptos no tienen expresa concordancia en el Código español, aunque se refieren á la materia de los artículos 882 y 883.

Por el contrario, el 883 encuentra su concordante en el 1.018 de Bélgica y Francia, según el cual, la cosa legada se entregará, con todos sus accesorios necesarios, y en el estado en que se halle, á la muerte del testador. En el 1.019 regulan el caso de que, legado un inmueble, el testador lo haya aumentado con adquisiciones contiguas, las cuales no se consideran, sin una disposición expresa, como parte del legado, á diferencia de las mejoras ó construcciones nuevas sobre el fundo legado ó de la finca cerrada cuyo recinto hubiere ensanchado, que pasa al legatario. Esta disposición no tiene equivalente concreto en nuestro Código.

Respecto á los *gastos* ocasionados por la entrega del legado, dispone el párrafo 1.° del art. 1.016 de los Códigos de Bélgica y Francia, con criterio idéntico al español (art. 886, párrafo 3.°), que serán de cuenta de la herencia, sin perjuicio de la legítima. Añaden dichos Códigos en el mismo artículo algunos extremos que no figuran en el patrio: el de que los derechos de inscripción serán á cargo del legatario, de no haberse dispuesto lo contrario en el testamento, y el de que cada legado podrá inscribirse separadamente, aprovechando sólo la inscripción al legatario y á sus derechohabientes.

***

B) De los albaceas ó ejecutores testamentarios.

I. *Facultad de nombrar albaceas.*—Absoluta concordancia en este punto entre el Código español, el belga y el francés: el art. 1.025 de éstos dice que el testador podrá nombrar uno ó varios ejecutores testamentarios, afirmación gual á la consignada por el 892 de la ley civil nacional.

II. *Capacidad para el albaceazgo.*—El que no puede obligarse, no puede ser ejecutor testamentario. Así determina el art. 1.028 de los cuerpos legales civiles de Bélgica y Francia, igual, como se ve, al párrafo 1.° del 893 español.

La mujer casada necesita licencia de su marido para ser albacea, tanto por la ley española como por la belga y francesa, licencia innecesaria, según el Derecho patrio, cuando está separada legalmente del marido (art. 893, párrafo 2.°). Las legislaciones extranjeras que estamos comparando (art. 1.020), se refieren al caso de separación de bienes, sea por contrato, sea por sentencia, y exigen, en defecto del consentimiento del marido, la autorización judicial.

La incapacidad del *menor* está formulada en los Códigos belga y francés tan categóricamente como en el nuestro: el menor, dice el art. 1.021, no podrá ser ejecutor testamentario ni aun con el consentimiento de su tutor ó curador.

III. *Clases del albaceazgo.*—Aunque en los Códigos belga y francés no consta precepto redactado en términos semejantes á los del nuestro, existen, sin embargo, otros de los cuales se infiere la existencia de las clases de albaceazgo que distingue el art. 894. Dice, en efecto, el 1.026 que el testador podrá conferir á los ejecutores testamentarios la incautación de todo ó parte de los bienes muebles, ó sea el albaceazgo universal ó particular. Y en el 1.031 preceptúa que si hay varios ejecutores testamentarios, cualquiera de ellos podrá desempeñar su cargo en defecto de los otros, siendo responsables solidarios de los bienes que les hayan sido confiados, á menos que el testador haya determinado sus atribuciones y que cada uno de ellos se haya circunscrito á las que le fueron señaladas.

IV. *Caracteres del albaceazgo.*—Tres señala el Código español, á saber: voluntariedad (art. 898), gratuidad (artículo 908) é intransmisibilidad, á no ser con expresa autorización del testador (art. 910). De estos tres caracteres, los

Códigos francés y belga sólo reconocen explícitamente el último, estableciendo en su art. 1.032 que los poderes del ejecutor testamentario no pasan á sus herederos.

V. *Aceptación ó renuncia del cargo y sus efectos.*— Acerca de estos particulares, contenidos en los artículos 898, 899, 900 y 901 del Código español, nada dicen los de las Naciones de que nos estamos ocupando.

VI. *Facultades de los albaceas.*—Diferéncianse los Códigos belga y francés, del español en la omisión del precepto general del art. 901. Sus facultades se especifican en el 1.031 y son equivalentes á las del 902 del nuestro: sellar los bienes, si hay menores, interdictos ó ausentes; inventariar los bienes de la herencia, con citación en forma del presunto heredero; vender los muebles, á falta de dinero suficiente para pagar los legados; vigilar por la ejecución del testamento y sostener, en caso de litigio, su validez. El artículo 1.027 determina que el heredero podrá poner término á la incautación, ofreciendo á los ejecutores testamentarios dinero suficiente para el pago de legados de cosa mueble ó justificando su pago.

VII. *Obligaciones del albacea.* — Omiten los Códigos belga y francés la disposición del art. 899 del español, relativa al deber de desempeñar el cargo una vez aceptado, é insertan, por el contrario (art. 1.031), la obligación (impuesta en el nuestro en el 907) de rendir cuenta de su gestión al expirar el año de la muerte del testador.

VIII. *Plazo del albaceazgo.*—La doctrina de los Códigos extranjeros que estudiamos es bastante más concisa, pues callan acerca de la prórroga voluntaria ó judicial autorizada por los artículos 905 y 906 del español. Se limitan á manifestar en el art. 1.026 que la incautación de los bienes muebles conferida por el testador no podrá durar más de un año y día desde su muerte.

IX. *Término del albaceazgo.*—Guardan silencio los Códigos belga y francés en este punto, no figurando en ellos

regla equivalente á la del art. 914 del patrio, si bien del precepto indicado en el epígrafe anterior se infiere que termina por el transcurso del lapso legal.

ITALIA

Libro III: De las formas de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos sobre las cosas.—Capítulo II: Sección quinta: De la institución de herederos y de los legados (artículos 827 y 828.)—§ I: De las personas y de las cosas que constituyen el objeto de las disposiciones testamentarias (artículos 829 á 847.)—§ III: De los efectos de los legados y de su pago (artículos 862 á 878).—§ V: De la revocación y de la ineficacia de las disposiciones testamentarias (artículos 891 á 894.)—Sección séptima: De los albaceas testamentarios (artículos 903 á 911).

Consideraciones generales.—La disposición formal del Código italiano en la materia de legados es bastante diversa de la del español. Éste contiene una sección especial á ella dedicada; aquél la desenvuelve en general, unida á la de institución universal ó de heredero. No acontece así en lo sustantivo, pues la regla predominante es la analogía doctrinal de ambos cuerpos legales.

Consta en el Código italiano la *facultad del testador para establecer mandas y legados*, aunque sólo sobre los herederos, no sobre el legatario: figura en él con criterio idéntico al del patrio la doctrina de las *obligaciones de las personas gravadas con legados*; omite (siendo esto una excepción á la ley de analogía antes indicada) el particular de la *distribución de toda la herencia en legados;* regula las varias clases de legados contenidas en el nuestro (*de cosa ajena, de cosa propia del heredero ó legatario, de cosa perteneciente al donatario, de cosa gravada á favor de tercero, de crédito contra tercero, de perdón de deuda á favor de un acreedor, legado alternativo, de cosa mueble genérica é inmueble indeterminada, de cosa propia del legatario, de alimentos y de pensión periódica anual, mensual ó semanal)*, callando respecto de los legados de *cosas que están fuera del comercio*

de los hombres y del *genérico de liberación de deudas*, y fundiendo en uno solo el de *alimentos y de educación;* se ocupa de la *aceptación y renuncia de los legados*, afirmando el principio capital de la libertad del legatario para uno ú otro acto, pero sin consignar el de la divisibilidad del legado, ó sea la facultad de aceptar una parte del mismo y renunciar la otra, y tampoco la distinción para el ejercicio de dicha facultad según que los legados sean gratuitos ú onerosos, extremos contenidos en el Código español; asienta los mismos elementos fundamentales sobre *adquisición de legados;* habla del *derecho de elección*, con norma jurídica idéntica al derecho nacional en unos puntos y diferente en otros: deja de insertar un *orden de prelación para el pago de legados* cuando los bienes de la herencia no alcanzasen á cubrir el importe de todos. Finalmente, existe entre las dos leyes civiles perfecta identidad en las *causas de extinción de los legados*.

***

La doctrina referente á los *ejecutores testamentarios* ó albaceas, es más reducida en el Código italiano que en el nuestro, constando en éste particulares no insertos en el primero.

Consignase en los dos Códigos la *facultad para nombrar albaceas;* establecen el mismo principio informante de la *capacidad para el cargo*, pero no se encuentran en el italiano la prohibición expresa del *menor* para serlo, ni el precepto concerniente á la *mujer casada*. Falta asimismo en el Código extranjero comparado la determinación concreta de las *clases de albacea;* de los *caracteres propios del cargo*, establece sólo el de la intransmisibilidad por causa de muerte; nada dice de la *aceptación y renuncia;* se aproxima, en cambio, al patrio en la expresión de las *facultades y obligaciones* del albacea, aunque entre ambos existen algunas di-

ferencias; no consta en él disposición especial determinante del *plazo para el desempeño del cargo* (si bien de otros preceptos se desprende el término para ello), guardando silencio acerca de la prórroga, y omite toda indicación relativa á la *extinción* del albaceazgo.

DE LAS MANDAS Y LEGADOS.

I. *Facultad de establecer mandas y legados.*—Inicia el Código de Italia la *Sección quinta de su lib. III*, dedicada á la institución de herederos y á los legados, con dos preceptos de general aplicación: el primero (art. 827) establece que «las disposiciones testamentarias se pueden hacer á título de institución de heredero ó de legado, ó bajo cualquiera otra denominación propia para manifestar la voluntad del testador»; el segundo (art. 828) declara nulas aquellas disposiciones, sean á título universal ó particular, que se funden en causa expresa que resulte errónea.

Es, pues, á tenor del citado art. 827, el testador quien tiene facultad para instituir legados, imponiendo su pago al heredero, y aunque no existe en el Código italiano un precepto que taxativamente determine la facultad del instituyente para gravar al legatario, no se debe olvidar que, según el art. 838 del Código comparado, «Es válido indistintamente el legado de una cosa que pertenezca al heredero *ó al legatario* encargado de darla á un tercero». Este artículo, juntamente con ser doctrina universal la de la licitud de los legados impuestos al legatario, y además no existir ningún texto prohibitivo, nos autoriza para inducir que el Código italiano, lo mismo que el español, reputa válido el legado con que el testador grave al legatario.

II. *Obligaciones de las personas gravadas con mandas y legados.*—No mencionando el Código de Italia más que á los herederos, según decimos, claro es que falta concordancia en punto á las obligaciones de los legatarios gravados con legados, doctrina que desarrolla el párrafo 2.° del art. 858 del Código español, y que está, como es consi-

guiente, omitida en el italiano. En cuanto á las obligaciones de los herederos, hállanse de acuerdo sus textos, distinguiendo el caso de que no se hubiere impuesto particularmente á uno de ellos por el testador el satisfacer el legado, del en que tal obligación se impusiera á uno solo; en aquél, deberán pagarlo entre todos, proporcionalmente á su cuota; en éste, correrá su abono de cuenta del obligado.

Está, por tanto, en perfecto acuerdo el art. 859 de nuestro Código con los 868 y 869 del italiano, que contienen los enunciados preceptos; en cambio, no hay en este Código disposición equivalente á la del art. 860 del español, que impone al heredero obligado á la entrega del legado el deber de responder en caso de evicción si la cosa es indeterminada.

III. *Responsabilidad de los legatarios en caso de distribución de toda la herencia en legados.*—Nótase en el Código de Italia la omisión de un precepto tan claro y terminante como el del art. 891 del español, regulador de esta materia

Ni en esta sección ni en la *5.ª del cap. II,* titulada «Del pago de las deudas», habla el Código italiano del presente caso, ya que todos sus artículos, 1.027 al 1.033, se refieren al de haber algún heredero instituído.

IV. *Clases y modalidades de los legados.*

a) Legado de cosa ajena.— La misma doctrina que nuestro Código desenvuelve, á propósito de este legado, en sus artículos 861 y 862, es la que inspira el 837 del Código de Italia; he aquí su texto: «El legado de cosa ajena es nulo, á menos que no se haya declarado en el testamento que el testador sabía que la cosa pertenecía á otro; en cuyo caso, puede el heredero adquirir la cosa legada para dársela al legatario ó pagar á éste su justo precio. Sin embargo, si la cosa legada, aunque perteneciente á otro en el momento del testamento, estuviese en la propiedad del testador al tiempo de su muerte, es válido el legado.»

La diferencia entre el anterior precepto y el de nuestra legislación está en que mientras aquél exige expresa decla-

ración del testador sobre el extremo de la pertenencia de la cosa á un extraño, el Código patrio admite que el legatario pueda probar que el testador no lo ignoraba; en suma: el primero sólo estima probado dicho conocimiento mediante declaración del propio testador, y el segundo faculta al legatario para que presente toda clase de probanzas en su favor.

b) Legado de cosa propia del heredero ó del legatario.—No hay la menor discrepancia en su regulación entre los Códigos que comparamos; según el art. 838 del de Italia, «es válido indistintamente el legado de una cosa que pertenezca al heredero ó al legatario encargado de darla á un tercero», cuya doctrina es en el fondo igual á la de nuestro artículo 863. También es idéntico en fondo y forma, el precepto del artículo 864 al del 839 de Italia, que dice: «Si el testador, el heredero ó el legatario, no son propietarios más que de una parte de la cosa legada ó de un derecho sobre la misma, el legado no es válido sino relativamente á esta parte ó á este derecho, á no ser que aparezca que la voluntad del testador era legar por entero la cosa, de conformidad con el art. 837. Es tan evidente la semejanza, que no hay por qué insistir en demostrarla.

c) Legado de cosas que están fuera del comercio.—El Código italiano omite el precepto declarativo de la nulidad de ese legado, mas no es de extrañar tal omisión en cuanto que la incapacidad de dichas cosas para entrar en cualquiera relación de derecho, es un principio de general aplicación.

d) Legado de cosa que ya perteneciese al legatario.—Establece el Código patrio la misma doctrina que el que comparamos: es á saber nulidad del legado de cosa que al hacerse el testamento fuese de la propiedad del legatario (artículos 866, párrafo 1.°, y 843 id. respectivamente); la disconformidad está en el párrafo adicional de dichos artículos, pues mientras el español añade que si el testador dispone que la cosa legada sea liberada del derecho ó gravamen que sobre ella pueda tener otra persona, valga en cuanto á esto

la manda, el italiano, atendiendo á distinta circunstancia, preceptúa que si el legatario adquirió la cosa legada hecho el testamento, tiene derecho á su precio.

e) *Legados de cosa que tuviese alguna carga á favor de tercero.*—Dispone el Código de Italia, de conformidad con el nuestro, que «si la cosa legada estuviese gravada con un canon ó renta territorial, servidumbre ú otra carga inherente al predio, aquélla recaerá sobre el legatario. Si sobre la cosa legada pesa el pago de una renta simple, censo ú otro débito de la herencia y también de un tercero, está obligado el heredero á satisfacer la anualidad ó los intereses y la suma principal, según la naturaleza del débito, cuando el testador no haga otra disposición» (art. 878).

El Código español, en su art. 867, desenvuelve la misma doctrina, añadiendo que si pagare el legatario por el heredero, queda subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra aquél, mas no hay en ello diferencia alguna que le separe del derecho italiano, pues dicha subrogación hállase establecida por éste en el art. 1.033 de su Código, que dice literalmente: «El legatario no está obligado á pagar las deudas hereditarias, reservándosele á los acreedores la acción hipotecaria sobre el predio legado y sin perjuicio, además, del derecho de separación; pero el legatario que ha solventado la deuda con que estaba gravado el predio legado, queda subrogado en los derechos del acreedor contra los herederos.»

f) *Legados de crédito contra tercero y de perdón de deuda.*—Hay perfecta concordancia entre ambos Códigos en la regulación de estos legados; dice el art. 844 del italiano: «Los legados de crédito ó de pago de deuda tienen efecto sólo en la parte que exista en la época de la muerte del testador. El heredero está solamente obligado á entregar al legatario los títulos del crédito legado que se hubiesen encontrado en poder del testador.»

Respecto de los intereses que se debiesen, no hace men-

ción alguna dicho Código, á diferencia del nuestro, que en el inciso cuarto del art. 871 determina han de ser incluídos en el legado; mas es claro que tal inclusión se habrá de practicar tanto por suponerlo así el legado que nos ocupa, cuanto porque siendo un accesorio del mismo, deberá correr igual suerte. De todos modos, es lo cierto que no hay en el texto italiano expresa disposición sobre este punto.

g) Legado genérico de perdón de deudas.—Carece de equivalente en el Código comparado el art. 872 de la ley civil española, preceptivo de que dicho legado sólo comprende las deudas existentes al tiempo de hacerse el testamento, no las posteriores.

h) Legado hecho á un acreedor.—Dispone el Código de Italia (art. 845) que si el testador sin hacer mención de la deuda favorece al deudor con un legado, no se presume hecho para el pago del crédito; tal es también la doctrina de nuestro Código, que además establece que, en caso de que sea otra la voluntad del testador, tendrá el acreedor derecho á cobrar el exceso del crédito ó del legado, precepto omitido en aquel Código.

i) Legados alternativos.—Sin perjuicio de ocuparnos por separado del derecho de elección en los legados, diremos aquí que el art. 874 del Código italiano se lo concede al heredero.

También establece el mismo Código que cuando se hayan legado muchas cosas alternativamente, subsiste el legado aun en el caso de que no aparezca más que una sola (artículo 894); precepto que no tiene correspondencia en el derecho español.

j) Legados de cosa mueble genérica y de inmueble no determinada.— Ocúpase el art. 840 del Código italiano del primero de estos legados, declarándolo válido en todo caso, cuyo precepto concuerda con el art. 875 del español; pero no regula el de cosa inmueble indeterminada. Hecha notar esta omisión, transcribiremos el enunciado artículo:

«Es válido el legado de una cosa mueble indeterminada

de un género ó especie, aunque no existiese ninguna en el patrimonio del testador al tiempo del testamento ó de su muerte.»

k) Legado de cosa propia del legatario.—Es nulo, según ambos Códigos: el español lo preceptúa así en el art. 878, y el italiano en el 843, y del mismo modo que aquél, establece éste que si después de la fecha del testamento adquiere el legatario por título oneroso la cosa legada, deberá ser indemnizado por el heredero en el precio de adquisición; la semejanza de uno y otro precepto salta á la vista.

l) Legado de educación y de alimentos.—Mejor cuadraría, dado el desenvolvimiento que tiene esta materia en el Código de Italia, el epígrafe de «legado de alimentos»; es éste, en efecto, el único regulado por aquél; hé aquí la disposición á él referente:

* El legado de alimentos comprende la manutención, el vestido, la habitación y las demás cosas necesarias durante la vida del legatario, pudiendo también extenderse, según las circunstancias, á la instrucción conveniente á su condición. (Art. 846.)

Nada dispone el Código que comparamos acerca de la duración del legado de alimentos, y por ello carece de equivalente el art. 879 del español en cuanto hace referencia á ese particular.

m) Legado de pensión periódica anual, mensual ó semanal.—Las reglas que para la computación de los términos da el art. 867 del Código italiano, son iguales á las consignadas en el 880 del nuestro; establece aquél que empezarán á contarse á la muerte del testador, adquiriendo el legatario derecho á toda la cantidad debida por el término corriente, aunque estuviese vivo solamente al principio del mismo. La única diferencia está en que, según el primero, no puede exigirse el legado sino después de vencido el término, mientras el segundo da al legatario derecho de reclamar el pago al principio de cada plazo; tal distinción es,

como se ve, de poca importancia y desaparece más aún á tenor de otra prescripción del Código de Italia: la de que podrá exigirse el legado, á título de alimentos, al principio del término.

***

Habla, además, este Código de otras modalidades no tratadas por el nuestro; así, por ejemplo, en el art. 866 se refiere al *legado de renta vitalicia ó pensión*, determinando que empezará á contarse desde el día de la muerte del testador; en el 841 establece que si el testador dejase como de su pertenencia una *cosa particular ó comprendida en un cierto género ó especie*, no tiene efecto el legado si la cosa no se encontrara en el patrimonio del testador al tiempo de su muerte, y si se encontrara, pero no en la cantidad indicada, el legado sólo tendrá efecto por la que se hallase; en el 842, con referencia al *legado de cosa ó de cantidad que haya de tomarse en cierto lugar*, estatuye que sólo tendrá efecto si la cosa se encuentra en él y por la parte que haya en el mismo, Finalmente, á título de advertencia, indicaremos que en esta misma *Sección quinta* y en el apartado segundo (§ II) se ocupa «de las disposiciones condicionales y á término», estudiadas ya comparativamente en tomos anteriores.

IV. *Aceptación y renuncia de legados.*—Dispone nuestro Código en su at. 889 que el legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra si fuese onerosa, sin perjuicio de que si muriese antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar, y repudiar otro la parte que en él les correspondiera; ahora bien: este principio no está en el Código de Italia reconocido de modo expreso por ninguno de sus artículos.

La misma falta de correspondencia se observa en cuanto al primer párrafo del art. 890 del Código español, referente á la aceptación ó renuncia de dos legados, permitida la de cualquiera de ellos si los dos son onerosos ó gratuitos, y

prohibida si uno es oneroso y gratuíto el otro, en cuyo caso la aceptación ó renuncia de uno implica la de ambos. Mas en cuanto al segundo párrafo del mismo artículo, que faculta al heredero favorecido con un legado para obrar con entera libertad en la aceptación ó repudiación de la herencia ó de aquél, encontramos disposición equivalente en el último inciso del art. 945 del citado Código. Dice literalmente: «El que renuncia á la herencia se reputa que no ha sido llamado á la misma. Sin embargo, la renuncia no le excluye de poder reclamar el legado que se le haya hecho.»

V. *Adquisición de legados.*— Si el legado es puro y simple, el legatario adquiere derecho á él desde la muerte del testador y lo transmite á sus herederos, según el art. 881 del Código patrio. La ley italiana desarrolla la misma doctrina en el art. 862, cuya semejanza con aquél es manifiesta: «Cualquier legado puro y simple—dice—atribuye al legatario, desde el día de la muerte del testador, el derecho transmisible á sus herederos de adquirir la cosa legada.»

Nuestro Código, para determinar cuándo han de quedar los frutos en beneficio del legatario, distingue según se trate de un legado de cosa específica propia del testador y de cosa genérica, estableciendo en el primer caso que los frutos ó rentas pendientes corresponden al legatario desde que aquél muere, y en el segundo que sólo le pertenecerán cuando taxativamente se disponga así en el testamento. El Código italiano, partiendo de distinta base, determina (artículo 865) que los intereses corresponden al legatario desde el día de la muerte del testador: 1.°, cuando éste lo hubiere expresamente ordenado; 2.°, cuando el legado sea de un predio ó de un capital ú otra cosa que produzca frutos. La diferencia entre las disposiciones de uno y otro Código son bastante pronunciadas, en cuanto que el de Italia no tiene para nada en cuenta la naturaleza (genérica ó específica) del legado y atiende no más á la de la cosa (según sea fructífera ó no), en defecto de la voluntad del testador.

El precepto de que la cosa ha de ser entregada con sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador, se encuentra en el Código italiano, art. 876, cuya redacción es casi la misma que la del nuestro, art. 883. En cambio, no encontramos en el Código español ninguna disposición que concuerde con la del art. 847 de aquel cuerpo legal, referente al aumento que puede sufrir un inmueble legado en virtud de adquisiciones posteriores al testamento; he aquí dicho artículo:

«Cuando el que ha legado la propiedad de un inmueble, la hubiere aumentado con adquisiciones posteriores, estas adquisiciones, aunque sean colindantes, no forman parte del legado sin una nueva disposición. Forman parte del legado los adornos, las nuevas construcciones en el inmueble legado y las ampliaciones en su recinto.»

Mantiene exacta correspondencia con el art. 863 del Código que comparamos, la disposición de nuestro art. 885, que prohibe al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada, debiendo pedir al heredero su entrega y posesión; y asimismo el párrafo 3.° del 886 guarda analogía con el 877 de la ley italiana, en cuanto ordena que «los gastos necesarios para la entrega del legado son de cargo de la herencia, sin que puedan disminuir la porción reservada por la ley»; quedando sin equivalentes los preceptos que consigna dicho art. 886 en sus primeros párrafos.

VI. *Derecho de elección en los legados.*—En el de cosa indeterminada corresponde al heredero, á tenor del art. 870 del Código de Italia, no estando aquél obligado á dar la mejor ni la peor. Así lo dispone también el nuestro en el artículo 875, párrafo 3.°, diferenciándose de lo consignado por el italiano en sus artículos 871 y 872, los cuales carecen de correspondencia en el articulado español: dice el 871 que se seguirá la misma regla si la elección se dejase al arbitrio de un tercero; y el 872, que si éste rehusase ó no pudiese hacerla, se practicará por la Autoridad judicial.

Si la elección se deja al legatario (art. 873 del mismo Código), podrá escoger la cosa mejor, y si no se encontrara en la herencia, optará por una de mediana calidad; en parte concuerda dicho artículo con el 876 de nuestro Código, y decimos en parte porque aquél sólo habla del legatario y éste comprende también al heredero, á quien faculta para dar lo que mejor le pareciere.

Idéntica prescripción á la contenida en el art. 877 del Código español es la del párrafo 1.°, art. 875 del de Italia, según el cual, «si el heredero ó legatario á quien compete la elección no ha podido hacerla, se transmite esta facultad á su heredero. La elección, una vez hecha, es irrevocable.» Obsérvase, desde luego, el gran parecido de ambos artículos, apenas alterado por ligeras modificaciones de su redacción; en cambio, la ley española desatiende por completo el párrafo 2.° del citado artículo italiano, no dando espacio alguno en su texto á la prescripción que contiene, y es como sigue: «Si de las cosas pertenecientes al género ó á la especie legada no existiese más que una en el patrimonio del testador, el heredero ó legatario no puede pretender otra, fuera de dicho patrimonio, exceptuándose el caso de expresa disposición contraria.»

En cuanto á los legados alternativos, el Código que nos ocupa, en vez de remitirse á las reglas de las obligaciones de igual especie, como hace el español, establece taxativamente que «la elección se presume dejada al heredero». (Artículo 874.)

VII. *Orden de prelación para el pago de legados.*—No lo establece en ninguno de sus artículos el Código italiano.

VIII. *Extinción de los legados.*—Las mismas causas de ineficacia que determina el art. 869 de la ley española, son admitidas por el Código de Italia, existiendo, por tanto, entre una y otro perfecta identidad. La transformación de la cosa legada que, como sabemos, establece en primer lugar el artículo 869 del Código patrio, hállase comprendida en el pá-

rrafo 2.° del art. 892 del de Italia; la de enajenación total ó parcial por el testador de la cosa objeto del legado (núm. 2.° del citado art. 869) tiene su equivalente en el párrafo 1.° del mismo 892 italiano; y por último, el tercer inciso de aquel artículo, referente á la extinción del legado por haber perecido la cosa que le constituía, guarda relación directa con el art. 893 del texto extranjero que estudiamos.

Para completar nuestras indicaciones, estimamos conveniente tomar nota literal de las aludidas disposiciones del Código de Italia.

* Cualquiera enajenación hecha por el testador del todo ó parte de la cosa legada, sea ó no á pacto de retro, anula el legado respecto á lo que se haya vendido, aunque la venta sea ineficaz ó vuelva la cosa á la propiedad del testador.

Lo mismo sucede si éste transformase la cosa legada de manera que perdiera la forma precedente y su denominación primitiva. (Art. 892.)

* No tiene efecto el legado si la cosa legada ha perecido enteramente durante la vida del testador; tampoco tiene efecto si hubiere perecido después de la muerte del mismo sin el hecho ó culpa del heredero, aun cuando éste estuviere constituido en mora para entregarla, y también aunque hubiere perecido igualmente en poder del legatario. (Art. 893.)

En cuanto á la especialidad de la extinción de los legados de perdón de deuda ó de crédito contra tercero (art. 871 del Código civil español), no hallamos en el texto italiano correlación alguna.

IX. *Efectos de la extinción.*—El art. 886 de Italia dice «Si no tiene lugar entre los legatarios el derecho de acrecer la porción del que falta redunda en beneficio del heredero ó legatario personalmente gravado, ó en el de todos los herederos y en proporción á su cuota hereditaria cuando recaiga el gravamen sobre la herencia», siendo este artículo el equivalente al 888 del español.

***

DE LOS ALBACEAS.

I. *Facultad de nombrar albaceas.*—El texto del art. 903 del Código de Italia es el mismo que el del 892 del español, facultando los dos al testador para nombrar uno ó varios albaceas.

II. *Capacidad para el albaceazgo.*—Igual capacidad es exigida por uno y otro Código (art. 893 del español y 904 del italiano): la de poder obligarse. Como el español, el de Italia (art. 905) incapacita expresamente al menor para el ejercicio del cargo, pero nada dice respecto á la mujer casada (1).

III. *Clases de albaceas.*—No consta en el Código comparado precepto expreso similar al 894 del español. Puede, sin embargo, citarse en este lugar el art. 910, conforme al cual, en caso de pluralidad de albaceas nombrados, puede uno solo actuar á falta de los otros, pero viniendo obligados *in solidum* á dar cuenta de los bienes muebles que les hubiesen sido confiados, si el testador no hubiese dividido sus encargos y cada uno de ellos no se hubiese limitado al que le fué conferido.

De este precepto se desprende la facultad de que el testador nombre uno ó varios albaceas y de que les otorgue una ó varias facultades (albaceazgo particular y albaceazgo universal).

IV. *Caracteres del cargo.* — De los tres caracteres señalados por Código español, voluntariedad, gratuidad é intransmisibilidad, sólo acoge el último, en su art. 909, declarativo de que «las atribuciones del ejecutor testamentario no se transmiten á sus herederos». Claro es, no obstante, que implícitamente acepta los otros, puesto que no indica que

(1) Una sentencia del Tribunal de Palermo, fecha 30 de Octubre de 1880, declara que ningún texto prohíbe á la mujer ser nombrada ejecutor testamentario; concordando esta doctrina con el art. 1.743, que faculta á la mujer casada para ejercer el mandato con la autorización expresa de su marido.

sea forzoso y tampoco señala retribución por el desempeño del cargo.

V. *Aceptación ó renuncia del cargo y sus efectos.*—No contiene el Código de Italia regla alguna que guarde relación más ó menos directa con los artículos 898, 899, 900 y 911 del nuestro. Nada se lee en el citado cuerpo legal extranjero sobre la obligación de aceptar ó renunciar el albaceazgo dentro de cierto término.

VI. *Facultades de los ejecutores testamentarios.*—En este particular, estimamos conveniente, para la mejor comparación doctrinal de ambos Códigos, insertar los preceptos del italiano.

* Art. 906. El testador puede conceder al albacea la inmediata posesión de todos ó de una sola parte de sus bienes muebles; pero semejante posesión no puede exceder de un año, contado desde el día de la muerte del primero.

* Art. 907. El heredero puede hacer cesar dicha posesión, estando dispuesto á entregar al ejecutor testamentario el metálico suficiente para el pago de los legados de bienes muebles, ó justificando haberlos pagado, ó asegurando éste en la forma y plazos fijados por el testador.

* Art. 908. Los ejecutores testamentarios harán colocar sellos cuando entre los herederos haya menores, interdictos ausentes ó personas jurídicas.

Formarán inventario de los bienes hereditarios con intervención del heredero ó después de haberle citado.

No habiendo dinero bastante para satisfacer los legados, solicitarán la venta de los bienes muebles.

Vigilarán sobre la ejecución del testamento y sostendrán en juicio su validez.

Pasado el año de la muerte del testador, deberán dar cuenta de su administración.»

Obsérvase, en primer término, en la exposición de los preceptos pertinentes del Código de Italia, la omisión de la regla general del art. 901 del nuestro, atribuyendo á los eje-

cutores testamentarios todas las facultades que quiera concederles el testador, no contrarias á la ley.

Diferéncianse también en que dicho cuerpo civil no habla del pago del funeral ni de la venta de inmuebles. En lo demás, el fondo de su doctrina concuerda con la del Código español.

VII. *Obligaciones del albacea.*—Como tales pueden conceptuarse, según el texto del Código español, el desempeño del cargo, deber señalado expresamente en el art. 899, y el de dar cuenta de su gestión á los herederos, como prescribe el 907. Del de realizar su mandato el ejecutor testamentario, no existe disposición alguna en el Código de Italia, acaso por haberla estimado innecesaria su autor, en cuanto es inherente al cargo: la enunciada en segundo término se halla determinada en el párrafo último del art. 908, por virtud del cual, el ejecutor testamentario debe dar cuenta de su administración pasado el año de la muerte del testador.

VIII. *Plazo para el albaceazgo.*—Faltan en el Código de comparación con el patrio, preceptos equivalentes á los artículos 904, 905 y 906 de éste. Despréndese de otros artículos, del 906 y del último párrafo del 908, como lapso para el cumplimiento de su encargo por el ejecutor testamentario, el de un año, en cuanto que el primero preceptúa que la posesión de los bienes muebles por el albacea no podrá durar más de un año desde la muerte del testador, y el segundo le impone la rendición de cuentas de su gestión desde igual momento. De lo que no se encuentra doctrina alguna es de la ampliación del tiempo para el desempeño del cargo. El Código italiano no admite la prórroga del albaceazgo.

IX. *Término ó extinción del albaceazgo.*—De este particular, propio del art. 910 de nuestro Código, no se encuentra referencia alguna en el italiano.

X. *Gastos del albaceazgo.*--En cambio, éste, en el art. 911, preceptúa que todos los gastos indispensables para el ejercicio de las funciones del ejecutor testamentario serán de cuenta de la herencia, disposición omitida en el español.

PORTUGAL

Libro III.—Título II: De las sucesiones.—Capítulo II: De las sucesiones testamentarias.—Sección cuarta: De la institución de heredero y del nombramiento de legatarios: de sus derechos y obligaciones. (Artículos 1.791 á 1.857.)—Sección séptima: De los testamentarios. (Artículos 1.885 á 1.909.)

Consideraciones generales.—El ordenamiento del Código portugués en la materia de *mandas* y *legados* es bastante diferente del español. Aparte del lugar distinto que ocupa en el título de sucesiones, el patrio trata concretamente de «mandas y legados», en tanto que el de Portugal, dentro de una misma sección, abarca la «institución de herederos y de legatarios con sus derechos y obligaciones», es decir, lo general de los artículos 763 á 773 de nuestro Código (institución de heredero) y lo especial de mandas y legados. (Artículos 858 á 891.) Por esto figuran en el Código portugués en la sección de referencia, disposiciones ajenas por completo á lo que tratamos en el presente tomo.

Eminentemente casuística por naturaleza la doctrina de legados; constituido su núcleo principal por variedad de modalidades, con preferencia á un estudio comparativo general del contenido de dos cuerpos legales, admite el examen particular de cada una de sus disposiciones.

Si en la materia de legados hay sólo afinidad, digámoslo así, entre el Código portugués y español, en la de *testamentarios* la relación entre ambos se estrecha, y cabe decir que llega al parentesco. Igual principio sobre la facultad de nombrar al testamentario; disposiciones semejantes acerca de la capacidad para serlo; los mismos caracteres atribuídos al cargo; facultad en ambos para aceptarlo ó renunciarlo; facultades del testamentario, similares en uno y en otro, algo más amplias y detalladas en el portugués; idéntica obligación de dar cuenta de su gestión á los herederos; lapso de igual duración para el cumplimiento de su encargo,

con la diferencia de no admitir el portugués las prórrogas consentidas por el español; análogos modos de terminación del albaceazgo. He aquí, con esta ligera enumeración de los puntos principales de la doctrina de testamentarios, demostrada la afirmación de la íntima concordancia entre nuestro Código civil y el portugués.

* * *

MANDAS Y LEGADOS.

I. *Facultad de establecer mandas y legados.*—Esta facultad, consignada en el párrafo 1.° del art. 858 del Código español, no consta especialmente en precepto alguno del portugués, si bien se deduce de la doctrina de la sección, en cuanto se refiere al nombramiento de legatarios y á sus derechos y obligaciones.

II. *Obligaciones de las personas gravadas con legados.* Pueden ser éstas ó herederos ó legatarios, y el Código patrio distingue respecto á su responsabilidad. Según el párrafo 2.° del art. 858, los legatarios sólo responden del gravamen hasta el valor de su legado, de donde se infiere que los herederos son responsables de la totalidad del gravamen, incluso con sus propios bienes, si no hubiesen aceptado la herencia á beneficio de inventario.

Con relación á los herederos, prevé el legislador español en el art. 859 los dos casos de que el testador grave expresamente á un solo heredero ó no grave á ninguno en particular; en el primero, impone al designado la total responsabilidad del cumplimiento del legado; en el segundo, la imputa á todos los nombrados, en la misma proporción en que sean herederos.

El Código de Portugal contiene el mismo principio de diferenciación entre la responsabilidad del heredero y la del legatario. El primero, según el art. 1.792, responde de todas

las deudas y legados del testador hasta con sus propios bienes, salvo si aceptase la herencia á beneficio de inventario; el segundo, conforme al 1.793, no responde de las cargas del legado sino hasta donde alcance el valor de éste. Pero no habla nada del cumplimiento de los legados, sean uno ó varios los herederos gravados.

Obligación de la persona gravada con legado es, según el art. 860 del Código patrio, responder, en caso de evicción, si la cosa legada fuese indeterminada y se señalase sólo por género ó especie; cuya obligación establece también el de Portugal en el párrafo último del art. 1.811.

III. *Responsabilidad de los legatarios en caso de distribución de toda la herencia en legados.*—De este caso se ocupa el art. 891 de nuestro Código, adoptando el principio del prorrateo de las deudas y gravámenes de la herencia entre todos los legatarios á proporción de sus cuotas, salvo disposición contraria del testador; doctrina que figura asimismo en el art. 1.794 del portugués, con la variante de que éste exceptúa á los legados remuneratorios de servicios, á los cuales concede cierta prelación, considerándolos como deudas de la herencia.

IV. *Clases ó modalidades de legados.*

a) *Legado de cosa ajena.*—Proclama el Código español (art. 861) su validez si el testador, al legar la cosa, sabía que era ajena. En tal caso, el heredero viene obligado á adquirirla para el legatario, y de no ser esto posible, á darle su justa estimación; añadiendo en último término el artículo, que la prueba de ignorar el testador que la cosa era ajena corresponde al legatario. Si el testador ignoraba que la cosa legada era ajena, á tenor del art. 862, es nulo el legado, salvo si la adquiere después de otorgado el testamento.

El Código de Portugal comprende también esta modalidad del legado, con alguna variación respecto al español. A diferencia de éste, sienta en su art. 1.801 el principio de la nulidad del legado de cosa ajena; mas á continuación ex-

presa que si del testamento se desprende que el testador ignoraba que la cosa no le pertenecía, esto es, si creía que era de su propiedad, deberá adquirirla el heredero para cumplir el legado, y si esto no fuese posible, pagar al legatario el valor de la cosa. Desenvolviendo esta misma materia, dispone en el art. 1.802 que si el testador, con posterioridad al testamento, adquiriese por cualquier título la cosa ajena legada, tendrá efecto el legado, como si al tiempo del testamento perteneciese al otorgante, precepto equivalente al del párrafo 2.º del art. 862 del Código patrio.

b) Legado de cosa propia del heredero ó del legatario.—Los dos Códigos concordantes contienen igual criterio respecto á este legado: ambos, el español en su art. 863 y el portugués en el 1.803, obligan al heredero ó al legatario á entregar la cosa ó su justa estimación; hay entre uno y otro la diferencia de que el segundo determina que de no cumplirlo el heredero ó el legatario, tendrá que renunciar, respectivamente, á la herencia ó al legado.

c) Legado de parte de una cosa.—Prevén los cuerpos legales civiles de referencia, el caso de que el testador, el heredero ó el legatario fuese dueño sólo de una parte de la cosa legada, ó tuviese únicamente un derecho á ella, regulándolo (art. 864 del español y 1.804 del portugués) por precepto idéntico: limitación del legado á la parte ó al derecho de propiedad del disponente ó del obligado. El español establece la salvedad de que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero; el portugués no contiene este particular y sí el de que, constando que el testador creyese que la cosa le pertenece íntegramente, deberá el heredero cumplir el legado entregando la cosa ó su justa estimación.

d) Legado de cosas fuera del comercio de los hombres.—El Código español dedica á este punto un artículo especial, el 865, afirmativo categóricamente de la nulidad de tal legado; el portugués habla de este extremo en el precepto referente á la extinción de los legados (art. 1.811), declarando

(en su núm. 1.°) sin efecto el legado de cosa que no fuera objeto de comercio.

e) Legado de cosa propia del legatario en la fecha del testamento.—Según el art. 866 del Código español, no produce efecto el legado de cosa propia del legatario al tiempo de la otorgación del testamento, aunque en ella tuviese derecho alguna otra persona, manifestando el párrafo 2.° del mismo artículo que de haber dispuesto el testador la liberación del derecho ó del gravamen, valga en cuanto á esto el legado. El de Portugal no contiene disposición similar á ésta.

f) Legado de crédito ó de deuda.—Del legado de crédito contra tercero, ó de perdón de deuda del legatario, ó de ambos conjuntamente, se ocupa en un mismo artículo, 870, nuestro Código, expresando que sólo surtirá efecto en la parte del crédito ó de la deuda subsistente á la muerte del testador; con relación al legado de crédito, el heredero deberá ceder al legatario todas las acciones competentes contra el deudor; respecto al de deuda, deberá dar al legatario carta de pago, si la exigiere; y ambos legados comprenderán los intereses devengados por el crédito ó la deuda al fallecimiento del testador.

El 1.821 del portugués dispone que el heredero entregará al legatario los documentos justificativos del crédito. Y añade en su párrafo único que si resultase el crédito compensado en todo ó en parte, podrá el legatario exigir del heredero el equivalente del crédito de la parte compensada, pero sin poder reclamar nada cuando la extinción de la deuda proceda de otra causa.

g) Legado de cosa gravada con derecho á favor de tercero.—Distingue el Código español (artículos 867 y 868) variedad de casos, según la índole del gravamen.

Tratándose de cosa *empeñada ó hipotecada,* para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta, según el párrafo 1.° del art. 867, queda á cargo del heredero, y si éste no lo hiciere y si el legatario, á tenor del párrafo 2.° del

mismo artículo, se subrogará en el lugar del acreedor. Siendo cualquiera otra la *carga, perpetua ó temporal,* pasa con ella al legatario, pero los intereses vencidos hasta la muerte del testador son de cargo de la herencia (párrafo 3.°, artículo 867).

Si el gravamen fuese *usufructo, uso ó habitación*, dispone el art. 868 que el legatario viene obligado á respetar tales derechos hasta que legalmente se extingan.

El Código portugués, en esta materia, contiene un solo artículo, el 1.845: en él dispone que si la cosa legada se hallase sujeta al gravamen de censo, quiñon ú otro cualquiera, pasará con la misma carga al legatario; pero no así cuando se trate de cargas atrasadas, que serán de cuenta de la herencia.

Diferéncianse, pues, ambos Códigos, en que el español distingue de cargas, estableciendo preceptos diversos en relación con la variedad de gravamen, en tanto que el portugués sienta un principio único; y se asemejan en declarar ambos de cargo de la herencia los réditos atrasados.

h) Legados alternativos.—El Código español los regula en términos generalísimos, prescribiendo en el art. 874 que se observará respecto á ellos lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, excepto las modificaciones derivadas de la voluntad expresa del testador. El portugués es, por el contrario, en extremo específico en cuanto en su artículo 1.812 habla sólo del caso de que fuesen legadas dos cosas y pereciese una de ellas ó una parte de la cosa, afirmando respectivamente la existencia del legado en la cosa ó en la parte de cosa subsistente.

i) Legado de cosa mueble genérica y de cosa inmueble indeterminada.—Conforme al art. 875 del Código patrio, el primer legado es válido, aunque no haya cosas de su género en la herencia, á diferencia del segundo, que sólo lo es cuando la hubiere.

En el Código de Portugal, como doctrina en cierto modo concordante, consta la del art. 1.805, según el cual, valdrá

el legado de cosa mueble indeterminada, incluída en un género ó en una especie, aunque la cosa no exista en la herencia del testador al tiempo de su fallecimiento.

A tenor del 1.806, el legado de cosa específica será nulo si á la muerte del testador no existiese la cosa en la herencia, y si restare sólo parte de la cosa legada, el legatario, según el 1.807, recibirá estrictamente lo que existiese.

j) Legado de alimentos y legado de educación.—Regula el Código español en el art. 879, el contenido y la duración de uno y de otro legado, estatuyendo respecto al primer extremo la voluntad del testador como norma fundamental de la cantidad que ha de destinarse á tal objeto, y fijándose, en su defecto, según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia. Contiene también la regla específica consuetudinaria, digámoslo así, ó sea la de que si el testador acostumbraba en vida á dar al legatario determinada cantidad de dinero ú otras cosas en concepto de alimentos, se entenderá concedida la misma cantidad, á no resultar desproporción con la cuantía de la herencia.

Respecto al tiempo, el legado de educación dura hasta la mayor edad del legatario, y el de alimentos, la vida del mismo, salvo disposición del testador en contrario.

Ocúpase asimismo el Código portugués de ambas clases de legados. Su art. 1.831 determina el contenido del de alimentos, considerando como tal la alimentación propiamente dicha, el vestido y la habitación, y si el legatario es menor de edad, su educación; preceptúa respecto á este último particular que cesa cuando el alimentado haya adquirido la capacidad suficiente en el oficio ó profesión que hubiere escogido, y concluye manifestando que la doctrina sobre el legado de alimentos es aplicable al de educación.

k) Legado de pensión.—De esta modalidad de disposición testamentaria particular trata el art. 880 del Código español. En él se declara que, legada una pensión periódica, anual, mensual ó semanal, el legatario tiene derecho á exi-

gir la del primer período á seguida de la muerte del testador, y la de los siguientes en el comienzo de cada uno de ellos, y consigna en último término que no há lugar á la devolución aun cuando el legatario muera con anterioridad á la terminación del período comenzado.

Doctrina idéntica se encuentra en el art. 1.841 del Código portugués, en cuanto afirma que el primer período se contará desde el fallecimiento del testador, y que el legatario tiene derecho á la prestación, una vez comenzado el período siguiente, aunque fallezca antes de su término, si bien no podrá exigirse el legado hasta el fin de cada período, salvo si fuere de alimentos.

A más del *legado específico de deuda*, admite el Código (artículo 872) el *genérico de liberación ó perdón de deudas*, el cual comprende sólo las existentes al otorgarse el testamento, con exclusión expresa de las contraídas posteriormente. Menciona también el *legado hecho á un acreedor*, disponiendo en el art. 873 que no se le imputará en pago de su crédito, á no declararlo expresamente el testador, y con derecho, en este caso, á cobrar el exceso del crédito ó del legado.

El Código portugués contiene varias disposiciones referentes á legados de créditos ó deudas, que difieren algún tanto de las consignadas en el español.

Concierne su art. 1.818 á la cosa ó suma cierta legada en concepto de deuda por el testador al legatario. Declara válido el legado aunque no exista realmente la deuda, salvo que el favorecido sea incapaz para recibir donaciones.

Dice en el 1.819 que si se señalase un plazo para el pago de la deuda, no está obligado el legatario á esperar su término; y en el párrafo único del mismo artículo deja sin efecto el legado si, siendo el testador deudor en la época de la disposición testamentaria, pagase con posterioridad la deuda.

El 1.820 equivale en su doctrina al 873 del español, pues preceptúa que el legado hecho á un acreedor sin referencia á la deuda, no se considerará como compensación de ésta.

También el 1.821 guarda analogía en algunos particulares con el 861 de nuestro Código. Atañe al legado de crédito contra tercero, ó contra el mismo legatario, ó de perdón de la deuda; ordena al heredero la entrega al legatario de los documentos respectivos, y agrega que si el crédito apareciese total ó parcialmente compensado, podrá el legatario exigir del heredero el equivalente del crédito ó de la parte compensada, y no cuando la extinción de la deuda procediese de otra causa.

V. *Aceptación y renuncia de legados.*—Sienta el artículo 1.813 del Código portugués la doctrina de que el legatario no puede aceptar una parte del legado y renunciar otra, ni repudiar un legado oneroso y aceptar otro gratuíto; pero afirma que la persona que tuviese la doble cualidad de heredero y de legatario, podrá aceptar la herencia y renunciar el legado, y viceversa. Esta doctrina se halla inserta también en el art. 889 de nuestro Código, el cual agrega otros dos particulares sobre la misma materia, no contenidos en el primero, á saber: el de que si muriese el legatario antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrán unos aceptar y otros repudiar la parte correspondiente del legado, y el de que en el caso de doble legado oneroso ó gratuíto, es decir, los dos de una misma naturaleza, el legatario es libre para repudiarlos todos ó para aceptar el que quiera.

VI. *Adquisición de legados.*—Varios son los principios generales sustentados por el Código español con referencia á este punto, á saber:

a) Adquisición por el legatario de los legados puros y simples y (lo mismo en el de cosa determinada, art. 882) desde la muerte del testador, con la consiguiente transmisión á sus herederos. (Art. 881.)

b) Adquisición de la cosa con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador. (Art. 883.)

c) Adquisición de los frutos ó rentas pendientes, pero no

los devengados y no satisfechos antes de la muerte, en el caso de legado de cosa *específica y determinada*. (Art. 882, párrafo 1.°)

d) Adquisición de los frutos ó intereses desde la muerte del testador, si éste lo hubiese dispuesto expresamente, cuando el testamento es genérico ó de cantidad. (Art. 884.)

e) Derecho del legatario á pedir la entrega y posesión de la cosa al heredero ó al albacea, pero sin facultad de ocuparla por sí mismo. (Art. 885.)

f) Obligación del heredero de dar la misma cosa legada, y no su estimación, cuando pueda hacerlo. (Art. 886, párrafo 1.°)

g) Obligación de ser pagados en dinero los legados de esta especie, aunque no lo haya en la herencia. (Art. 886, párrafo 2.°)

h) Imputación á la herencia de los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada, sin perjuicio de la legítima. (Art. 886, párrafo 3.°)

i) Riesgo de la cosa específica legada á cargo del legatario desde la muerte del testador é imputación en su pro ó en su contra de la mejora ó del deterioro de la cosa. (Artículo 882, párrafo 2.°)

En el Código de Portugal constan también algunos de los principios expuestos.

Figura desde luego en el art. 1.826, el de la adquisición y transmisión del legado puro y simple en el día del fallecimiento del testador.

En el 1.840 consigna el derecho del legatario, desde la muerte del testador, á los frutos ó rendimientos de la cosa legada, salvo disposición en contrario. No admite, pues, el Código lusitano la distinción respecto á este punto establecida en el patrio por los artículos 882 y 884 entre el legado de cosa específica y el genérico.

La cosa legada—determina el art. 1.843, análogamente al 883 del nuestro—deberá ser entregada con todos sus ac-

cesorios en el lugar y estado en que se encontrare á la muerte del testador. Contiene este mismo artículo un párrafo, cuya doctrina no consta en el Código español, en el que se especifica que el legado consistente en joyas ó en otros valores representados por títulos se entregará en el lugar donde se hiciere la declaración de heredero, á no haber voluntad del testador ó de las partes en contrario.

Preceptúa el art. 1.833 del Código que comparamos que el legatario requerirá al heredero el cumplimiento del legado, cuyo principio consta en el 885 del español, pero el portugués añade que si el heredero demorase el hacerse cargo de la herencia, podrán ser citados para que la acepten ó renuncien, y si renunciasen, solicitar el nombramiento de un curador para la herencia vacante y reclamar de éste la entrega, diciendo también que recayendo el legado sobre otro legado, deberá ser pedido al favorecido con él. Á más de esta regla, afirma en el art. 1.857 la facultad de los legatarios para reclamar de tercero la cosa legada mueble ó inmueble, cierta y determinada, facultad no contenida en el español. Contiene asimismo (art. 1.842) el precepto de que los gastos que ocasione la entrega de la cosa legada serán á cargo de la herencia, análogo al párrafo último del art. 886 del Código patrio, con la variante de que el portugués prevé el caso de disposición del testador acerca de este punto, que deberá ser respetada.

VII. *Derecho de elección.*—El Código español mantiene en este particular un criterio amplio en cuanto al ejercicio de tal derecho. Según el art. 876, cuando el testador concede expresamente al heredero ó al legatario la facultad de elección, el primero podrá entregar, ó el segundo elegir, la cosa que mejor le pareciere. Y si cualquiera de ellos muriese sin haber podido hacer la elección, pasará el derecho á sus herederos; mas una vez hecha, es irrevocable.

Las disposiciones de la ley civil portuguesa acerca de este particular difieren bastante de las acabadas de expresar.

Tres son los artículos que de él se ocupan: el 1.827, el 1.828 y el 1.829. Conforme al primero, en el caso de legado de cosa indeterminada comprendida entre otras de la misma especie, pertenecerá la elección de la cosa á quien corresponda entregarla, acomodándose á un justo término medio en su calidad.

Regula el segundo el caso de que el testador hubiese concedido al legatario el derecho de elección, en el que éste elegirá entre las cosas de la misma especie, la que mejor le pareciere; mas no habiendo de la misma especie, corresponderá la elección al heredero, cuidando de que la cosa elegida no sea ni la mejor ni la peor.

El último concierne al legado alternativo, asignando al heredero la elección, á no haber sido conferida expresamente al legatario.

VIII. *Orden de prelación para el pago de legados.* — No consta en el Código portugués un orden de prelación propiamente tal como el señalado en el art. 887 del español para el caso de que los bienes hereditarios no alcanzasen á satisfacer todos los legados. En vez del principio de preferencia de unos legados á otros, proclama en el art. 1.795 el prorrateo de todos, salvo los dejados en recompensa de servicios, los cuales se considerarán como deudas de la herencia.

IX. *Extinción de los legados.*—Reina marcada armonía en este punto entre los dos Códigos que comparamos, llevada en algunos particulares hasta la identidad.

Contiene el Código español en su art. 869 las reglas de extinción de los legados, siendo la primera la de que el legado quedará sin efecto «si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve la forma ni la denominación que tenía».

Pues bien: esta disposición en sus mismos términos literales forma la regla 3.ª del art. 1.811 del Código portugués.

Conforme á la regla 2.ª del citado art. 869, queda ineficaz

el legado por la enajenación de la cosa legada ó de parte de ella, por cualquier título ó causa, en este último caso respecto sólo á la parte enajenada. El legado no readquiere su validez aunque después de la enajenación vuelva la cosa al dominio del testador, incluso por nulidad del contrato, á no ser, únicamente, cuando la readquisición se verifique por pacto de retroventa.

La regla 1.ª del art. 1.811 del de Portugal se limita á manifestar que el legado quedará sin efecto «si el testador enajenase en cualquiera forma la cosa legada», sin decir nada respecto al hecho de la readquisición de la cosa.

Se extingue también el legado, según el núm. 3.° del artículo 869, cuando la cosa legada perece del todo viviendo el testador, ó después de su muerte sin culpa del heredero; pero con la obligación por parte del gravado de responder por evicción, si la cosa no hubiera sido determinada en especie.

El Código de Portugal admite asimismo como causa de inefectividad del legado, la pérdida de la cosa. En el núm. 4.° del citado art. 1.811 dice que si la cosa legada fuese eviccionada ó pereciese totalmente durante la vida del testador, ó si fuese eviccionada y pereciese después sin culpa del heredero, el legado quedará sin efecto.

En este mismo artículo, en su regla 2.ª, declara sin valor el legado si la cosa no fuera objeto de comercio, doctrina contenida en el art. 865 del Código español.

Este cuerpo legal, además de los preceptos generales sobre caducidad de legados, contiene uno especial relativo al legado de crédito contra tercero ó de liberación de deuda, en el art. 871, según el cual, caduca dicho legado si el testador, después de haberlo otorgado, demanda al deudor para el pago de la deuda, aunque éste no se haya verificado antes del fallecimiento. El de Portugal no determina nada respecto al particular, pero contiene una disposición especial referente al legado alternativo de cosas, ordenando que si pere una de ellas, subsiste el legado en la restante, y que si

perece sólo parte de la cosa, subsiste asimismo en lo que quede.

X. *Efectos de la extinción.*—Determínanse concisamente en el art. 888 de nuestro Código. Sea que el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó que éste, por cualquiera causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, excepto en los casos de sustitución y de derecho de acrecer. El portugués, en su art. 1.853, dispone que corresponde á los herederos el derecho de acrecer, si los legatarios no pudiesen ó no quisiesen recibir su legado, y en el 1.854, que entre los legatarios no habrá derecho de acrecer, salvo el caso de indivisibilidad de la cosa legada, en cuyo caso el colegatario tendrá derecho á conservarla, abonando el valor de la parte no correspondiente al legado, ó á reclamar á los herederos el valor de su parte entregando la cosa legada.

*
* *

TESTAMENTARIOS.

I. *Facultad de nombrar albaceas.*—A semejanza del precepto del art. 892 del Código español, el 1.885 del portugués determina que el testador puede nombrar una ó más personas encargadas de hacer cumplir su testamento en todo ó en parte, cuyas personas se llaman testamentarios.

II. *Capacidad para el albaceazgo.*—Se da en este punto perfecta identidad doctrinal ó de fondo, aunque no de forma, entre los dos Códigos de comparación, pues en tanto el español la declara en un artículo, el portugués la desarrolla en tres. El principio fundamental contenido en el párrafo 1.º del art. 893 del Código español, de la incapacidad para ser albacea, del que no puede obligarse, consta asimismo en el 1.886 del portugués.

Este cuerpo legal en el 1.887 preceptúa que la mujer casada no puede ser testamentaria sin autorización judicial, excepto cuando se halle separada del marido, en cuyo caso puede serlo con dicha autorización.

Y hay, asimismo, completa igualdad entre el párrafo 3.° del art. 893 del Código español y el art. 1.888 del portugués: ambos afirman la incapacidad del menor para el cargo de testamentario, aun con la autorización del padre ó tutor.

III. *Clases de albaceazgo.*—No figura en el Código portugués precepto equivalente al del art. 894 del español. Sólo se encuentra el 1.894, relativo al nombramiento de varios testamentarios y abstención de alguno ó algunos de tomar parte en la ejecución del testamento, caso en el que valdrá lo que los demás hicieren, pero respondiendo solidariamente todos de los bienes de la herencia. Afirma este Código el principio de la responsabilidad solidaria de todos los albaceas, aun cuando sólo intervengan algunos, frente al de la individual establecida en el art. 896 del nuestro.

IV. *Caracteres del cargo de albacea.*—La ley civil española le atribuye los siguientes: *voluntario* (art. 898); *gratuito* (art. 908) é *indelegable* (art. 909). De los tres participa asimismo en la legislación portuguesa. No se encuentra en este último cuerpo legal disposición alguna afirmativa de que el cargo de albacea sea voluntario, pero diciéndose en el 1.889 que los testamentarios pueden excusarse de serlo, se desprende lógicamente tal carácter.

El segundo (gratuidad) consta en el 1.892, determinativo de que el cargo de testamentario es gratuíto, á no ser que el testador le hubiese asignado alguna retribución, sin decir nada de lo correspondiente á su derecho á cobrar los trabajos de partición ú otros facultativos.

También se afirma lo personalísimo de la gestión, manifestando al efecto el art. 1.906 que el cargo de testamentario no es transmisible á los herederos ni puede ser delegado.

V. *Aceptación y renuncia del cargo.*—Los dos cuerpos legales de comparación anotan, como hemos dicho, el principio fundamental de la facultad de aceptar ó no el cargo, ambos señalan un término para la expresión de la volun-

tad del nombrado. El Código patrio (art. 898) determina que se considerará aceptado el cargo si no se excusa dentro de los dos días siguientes al en que tenga noticia de su nombramiento ó, siéndole conocido, dentro de los seis siguientes al en que ocurriese la muerte del testador; añade en el 899 que una vez aceptado el cargo se constituye el instituído en la obligación de desempeñarlo, si bien lo puede renunciar con justa causa, al prudente arbitrio del Juez, y dice, por último, en el 900 que el albacea que no acepte el cargo, ó lo renuncie sin causa justificada, perderá lo que hubiere dejado el testador (herencia voluntaria), no lo que le corresponda por su legítima (herencia necesaria).

El Código portugués contiene doctrina análoga á determinados particulares de los acabados de exponer.

El testamentario que no quisiere aceptar el cargo deberá expresarlo así ante la autoridad correspondiente, dentro de los tres días siguientes al en que conozca su nombramiento, bajo la sanción penal de daños y perjuicios. (Art. 1.890.)

El testamentario puede renunciar el cargo aceptado con justa causa, oídos los interesados y con aprobación judicial, respondiendo en otro caso de los daños y perjuicios. (Artículo 1.891.)

El testamentario que se excuse del cargo perderá el derecho al legado con que le hubiese favorecido el testador. (Artículo 1.889.)

VI. *Facultades del albacea.*—Sustenta el Código de la Nación vecina, en su art. 1.894, criterio igual al nuestro en el art. 901: los testamentarios tendrán las atribuciones que les confiera el testador, no contrarias á la ley.

Aparte de este precepto general, contiene el 1.899 disposiciones semejantes en gran parte á las del art. 902.

Según el núm. 1.° del citado artículo del Código portugués, es atribución del testamentario cuidar del entierro y funeral del testador y pagar los gastos y sufragios respectivos, conforme á lo dispuesto en el testamento, y en su de-

fecto, á la costumbre del país, disposición concordante con la del núm. 1.° del art. 902.

El núm. 2.° del mismo art. 1.899 le señala la facultad de hacer registrar el testamento, si obrase en su poder, en el término de ocho días desde que tuviese conocimiento de la muerte del otorgante.

Con sujeción al núm. 3.° del artículo de referencia, compete al testamentario la ejecución del testamento y sostener su validez en juicio y fuera de él; atribución comprendida igualmente en el núm. 3.° del art. 902 del Código español.

La incluída en el núm. 4.° del Código portugués (no establecida en este último cuerpo legal) consiste en el particular de facilitar á los interesados el examen del testamento, si lo tuviese en su poder, y en permitir que se saquen las copias legales necesarias.

El Código patrio, en el núm. 4.° del art. 902, autoriza al albacea á «tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes». En tanto nuestro Código contiene este solo precepto, de carácter generalísimo, el de Portugal especifica en varios artículos las diversas medidas que deben adoptar los testamentarios, según las diferentes circunstancias que pueden presentarse.

Distingue el caso de que el testador deje herederos forzosos de aquel en que no existan; en el primero (art. 1.895), el testador no puede autorizar al albacea para hacerse cargo de la herencia, siendo lícito á los herederos hacerlo, previo inventario y con citación del testamentario. En el segundo (artículo 1.896), puede el testador facultarle para la incautación de los bienes, inventariándolos previamente; pero los herederos tienen faculdad de impedir que el testamentario se haga cargo de la herencia, entregándole las sumas necesarias para los gastos propios de su gestión. (Art. 1.897.) No habiendo en la herencia metálico bastante para el pago de

las obligaciones testamentarias, y no adelantándolo los herederos, puede promoverse la venta de bienes muebles, y no alcanzando éstos, la de inmuebles, con intervención de aquéllos. Y si alguno de los herederos fuese menor, ó incapacitado, ó estuviere ausente, la venta, tanto de muebles como de inmuebles, se verificará en subasta pública. Así dispone el art. 1.898 portugués, substancialmente de acuerdo con el 903 español.

Distingue nuevamente el Código portugués (artículos 1.900 y 1.901) el caso del heredero mayor, del de menor de edad. En el primero, el testamentario, para hacerse cargo de los bienes hereditarios, deberá inventariarlos por ante escribano y con intervención de los herederos; en el segundo, el testamentario deberá dar conocimiento de la herencia á la autoridad judicial.

En esta misma materia de facultades del albacea, es de mencionar el precepto del art. 1.902 del Código portugués, sin concordancia en el nuestro, referente á la disposición testamentaria en favor de alguna *fundación piadosa* ó de *utilidad pública*, según el cual, el testamentario procederá á formar el inventario y á promover la venta en pública subasta de los bienes dejados para dicho objeto benéfico, con citación de los interesados ó de sus representantes legítimos y del Ministerio fiscal.

VII. *Obligaciones del albacea.*—El Código portugués emplea el concepto de obligaciones para las facultades acabadas de enumerar, pero independientemente de esta circunstancia formal, como obligación propiamente dicha, establece en su artículo 1.905 lo mismo que en el párrafo 1.° del art. 907 español, ó sea la de dar cuenta de su gestión á los herederos ó sus representantes legítimos, añadiendo en el párrafo adicional que en el caso de legado benéfico ó piadoso se presentarán las cuentas á la autoridad administrativa.

VIII. *Plazo para el albaceazgo.*—Es también el de un año según la legislación portuguesa, guardando gran analo-

gía su art. 1.903 con el 904 del español, en cuanto prescribe que no existiendo señalado en el testamento plazo para el cumplimiento del cargo, deberá el testamentario realizarlo dentro de un año, contado desde la aceptación ó desde la terminación del pleito sobre la validez ó nulidad del testamento.

Si en este punto se da perfecta congruencia entre ambos cuerpos legales, no sucede así respecto á la prórroga del plazo, materia de los artículos 905 y 906 del Código español, pues el portugués establece sólo en el párrafo 2.° del mismo artículo 1.903, que en el caso de legado *benéfico* ó *piadoso*, el testamentario podrá prolongar la ejecución del testamento el tiempo necesario para cumplir la disposición testamentaria, si así lo hubiese previsto el testador.

IX. *Término del albaceazgo.*—No se encuentra en el Código portugués una disposición de carácter general como la del art. 910 del nuestro, expresivo en conjunto de las diferentes causas de terminación del albaceazgo. Como en otras materias, especifica y esparce la doctrina en varios preceptos, siendo en el fondo análoga á la española.

En el art. 1.890 habla del testamentario que no quisiere aceptar el cargo, de donde se infiere que uno de los modos de terminación es la *renuncia*.

Concluye también por el *lapso de tiempo*, pues en el párrafo 3.° del art. 1.903 prescribe que no cumpliendo el testamentario su encargo en el tiempo determinado, pudiendo haberlo hecho, además de perder la retribución asignada, se ejecutará la última voluntad por aquellos á quienes correspondiese, de no existir testamentario.

Termina asimismo el cargo de testamentario dentro del Derecho civil portugués (art. 1.904, párrafo único) cuando, siendo varios los nombrados, no estén acordes respecto al modo de cumplir el testamento; y por *remoción* en el caso de dolo ó mala fe en el cumplimiento de su cargo. (Art. 1.909.)

X. *Cumplimiento de la voluntad del testador por los*

herederos en defecto de albaceas.—Así lo consigna el artículo 911 del Código español, cuya doctrina consta en los varios artículos del de Portugal que hemos mencionado en el epígrafe precedente. Tanto el párrafo 3.° del 1.903, como el párrafo único del 1.904, dicen que se ejecutará la última voluntad por aquellos á quienes competiese, de no existir testamentarios, relacionándose con ello el 1.893, afirmativo de corresponder á los herederos tal ejecución en caso de impedimento ó excusa del testador con sujeción á estas reglas: siendo desigual la cuantía de las personas hereditarias, al heredero de la mayor; siendo iguales, al elegido por los demás, y no existiendo acuerdo, ó habiendo algún menor incapacitado ó ausente, al nombrado por la autoridad judicial. Es de citar también en este punto el art. 1.839 (de la Sección de institución de heredero), el cual determina que en caso de distribución de toda la herencia en legados sin haber nombrado testamentario el testador, lo será el legatario más beneficiado; en igualdad de circunstancias, el que designen los legatarios, y no existiendo acuerdo ó siendo alguno menor, ausente ó incapacitado, el que nombre la autoridad judicial. Esta disposición es desconocida en el Código español.

GUATEMALA

Libro II.—Título X.—§ XIV y XV.

Libro II: De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas.—Título X: Del modo de adquirir el dominio por herencia.—§ XIV: De los legados (artículos 869 al 897).—§ XV: De los albaceas (artículos 898 al 922).

Consideraciones generales. — El conjunto es armónico en ambos derechos: sólo en detalles se aprecian algunas diferencias, nacidas las más de las veces de omisiones en el articulado de uno ú otro, si bien imparcialmente hemos de reconocer que el nuestro abunda más en previsión, descen-

diendo á regular los diversos casos que pueden surgir en la vida práctica.

En la materia de legados procede casuísticamente, estudiando con detención sus modalidades, mientras el de Guatemala generaliza más, omitiendo la solución de cuestiones tratadas en la legislación patria; así, por ejemplo, no dice en qué proporción han de acudir los legatarios á liquidar el pasivo de la herencia cuando toda se distribuya en legados; no habla para nada de los legados alternativos, ni de cosa ajena genérica, ni de crédito contra tercero, ni de educación y alimentos, ni de pensión periódica; por último, calla también lo referente al derecho de elección de legados.

Respecto á la institución del *albaceazgo,* haremos notar previamente que es desenvuelta en el Código de Guatemala con un criterio restrictivo que limita las más de las veces la esfera de acción de los llamados á su desempeño: tradúcese este criterio en una menor suma de aquellas facultades que son como inherentes al cargo; en la fijación del plazo legal de un año improrrogable, aun por el propio testador, y, en suma, en reglas fijas, determinadas y fatales, imposibles de adaptación á las necesidades prácticas, aun por el consentimiento y aquiescencia de los herederos; bien es verdad que el mismo Código se ocupa de fijar la retribución correspondiente á los albaceas, y es casi exigencia lógica que, para prevenir abusos, cuide de señalar minuciosamente el funcionalismo de la institución y su término improrrogable.

La otra diferencia esencial que separa ambos Códigos en esta materia es la originada por el albaceazgo dativo, que regula el guatemalteco y es desconocido por el nuestro. Mas esta modalidad de la institución no se opone á que en ciertos casos, cuando el testador no hubiere nombrado testamentarios, sean los herederos los encargados de cumplir su voluntad.

***

DE LOS LEGADOS.

I. *Facultad de establecer mandas y legados.* — El Código de Guatemala, sin sancionar un precepto análogo al contenido en el art. 858 del Código español, faculta al testador para favorecer con legados, no sólo al no instituído heredero (legatario propiamente dicho), sino también al heredero. Junto á estas disposiciones que pudiéramos llamar permisivas, coloca el Código que comparamos otras restrictivas, que vienen como á limitar el ejercicio de aquellas facultades: señala de un lado la capacidad del legatario—que equipara á la del heredero—y de otro la parte de bienes que el testador puede legar, estableciendo como consecuencia de esta limitación el medio de reducir las mandas cuando haya habido exceso en cuantía.

Tal es, en síntesis, el Código guatemalteco en este punto. Obsérvase que la facultad establecida en nuestro artículo 858 respecto á poder gravar con mandas á los propios legatarios, no tiene correspondencia en el derecho de Guatemala, y por tanto, tampoco ha de haberla en las obligaciones de éstos en relación á dicho gravamen. En realidad, no nos atrevemos á inclinarnos en ningún sentido, porque si bien la disposición de nuestro Código concede mayor amplitud á las facultades del testador, bajo cuyo aspecto su espíritu es laudable, en cambio, la omisión que en el de Guatemala notamos viene á traducirse en beneficio de los propios legatarios, rebajados algún tanto con la imposición de un legado sobre otro legado.

Otra diferencia entre las disposiciones de ambos Códigos es la de establecer el nuestro (art. 820) que la reducción de las mandas se hará á prorrata sin distinción alguna, con la salvedad de respetar en lo posible la que sea preferente, y otorgar en cambio el de Guatemala (art. 869) facultad al testador para fijar el orden en que aquéllas han de reducirse. En este punto obtiene la voluntad del causante mayor amplitud que en nuestro derecho, puesto que res-

peta el orden de reducción previamente establecido por el testador.

Y para mejor aprecio de las disposiciones del Código que nos ocupa, transcribiremos su articulado, digno de elogio siempre por la claridad de su redacción.

* El testador puede disponer de una cosa, ó de una cantidad, ó de una parte de sus bienes, á título de legado, en favor de alguno á quien instituye heredero. (Art. 865.)

* Legatario es la persona á quien se da algo por testamento, sin instituirle heredero. (Art. 866.)

* Para ser legatario se necesita la misma capacidad que para ser heredero. (Art. 867.)

* El testador sólo puede legar la parte de sus bienes de que le permite disponer libremente la ley. (Art. 868.)

* Se rebajará, á prorrata, de los legados el exceso que haya sobre la parte de que pudo disponer el testador, á no ser que éste hubiese establecido expresamente el orden de la reducción. (Art. 869.)

* En todo caso se cumplirá la disposición del testador en cuanto al modo, orden y tiempo en que deban entregarse ó pagarse los legados. (Art. 881.)

II. *Obligaciones de las personas gravadas con mandas ó legados.*—El párrafo 2.° del art. 858 de nuestro Código civil limita al valor del legado la responsabilidad de los legatarios gravados con mandas; en el de Guatemala no existe disposición que permita al testador gravar á los legatarios, y por tanto, no hay para qué decir que tampoco se ocupa de fijar esas responsabilidades, consecuencia del precepto que nuestro Derecho establece.

Eliminando, pues, ese punto de imposible concordancia, queda á nuestra consideración lo referente á las obligaciones del heredero. Los artículos 859 y 860 de nuestro Código se ocupan de esta materia dando reglas claras y precisas que imponen el cumplimiento del gravamen al heredero especialmente designado, ó, si esta especialidad no existe, á

todos ellos y en igual proporción, estableciendo además que el obligado á la entrega responderá en caso de evicción si la cosa fuese indeterminada y se señalase sólo por género ó especie.

El Código gualtemalteco, que, como se ha dicho, sólo impone al heredero dichas cargas, no formula clara y distintamente esta disposición que se desprende de modo indudable de su contexto. Así, por ejemplo, en su art. 879 dice literalmente: «Vencidos los términos designados para la aceptación de la herencia, ó antes si el heredero entrase á poseerla, tendrán los legatarios el derecho de pedir al albacea ó al heredero, según las circunstancias, la entrega del legado y sus frutos é intereses cuando se debieren»; es decir, que encarga á los testamentarios mientras cumplen su cometido, y al heredero en cuanto entra en posesión de la herencia, el pago de los legados hechos por el testador.

III. *Responsabilidad de los legatarios en caso de distribución de toda la herencia en legados.*—Dos son los artículos reguladores de esta obligación de los legatarios cuando toda la herencia se distribuya entre ellos: el 896 y el 897, mas ninguno establece en qué proporción han de atender los interesados al pasivo que haya contra el caudal.

El Código de Guatemala, al establecer que «distribuída en legados toda la herencia por falta de herederos forzosos, el heredero instituído, si lo hubiere, tendrá derecho á la cuarta parte de la herencia que deducirá á prorrata de los legatarios, salvo que el testador disponga lo contrario» (artículo 896), y que «si en el testamento se hubiere legado alguna cosa al heredero y fuese menor que la cuarta parte, podrá detraer lo que faltase hasta completarla, salvo disposición en contrario del testador», instaura la *Cuarta Falcidia* y su complemento, tomándola sin duda alguna del elemento tradicional de su derecho importado de la legislación castellana. (Leyes del *Tit. XI, Part. 6.ª*)

IV. *Clases y modalidades de los legados.*

a) Legado de cosa ajena.—Nuestro Código (art. 861) lo declara válido si el testador, al legar la cosa, sabía que era ajena.

El de Guatemala (art. 870) lo deja sin efecto si se trata de una cosa en especie: nada dice si fuese genérica, y esta omisión parece excluir de aquella ineficacia este último legado; mas en tal caso, ¿cómo y por quién ha de cumplirse? Ningún precepto terminante hallamos que resuelva la duda, y por deducción de lo ya dicho en el epígrafe anterior, imaginamos que tal encargo deberá hacerse por el heredero ó albacea según los diferentes casos.

b) Legado de cosa propia del heredero ó legatario.—Es éste una especialidad del legado de cosa ajena, y claro es que, no admitiendo el Código de Guatemala la disposición general, según queda expuesto, no existe tampoco precepto alguno relativo al legado que nos ocupa, pues terminantemente dice en su aludido art. 870: «no tiene efecto el legado de una cosa en especie, si no se halla en el dominio del testador al tiempo de su muerte.»

c) Legados de crédito contra tercero y de perdón de deuda.—A pesar de no existir en el articulado del Código que comparamos, disposición alguna referente al legado de crédito, creemos que su validez no puede ponerse en duda: mas aunque así sea, ha de sentirse en la práctica la omisión de todo precepto regulador de esta clase de legados, que determine el derecho del legatario y la obligación del heredero, conforme hace nuestro Código en su art. 870.

En lo que respecta al legado de condonación de deudas, distingue nuestro Código dos casos: si el legado es específico, establece que surta efecto en la parte de deuda subsistente al morir el testador (art. 870); si es genérico, comprende las existentes hasta la fecha del testamento (artículo 872). El Código de Guatemala no fija distinción de ninguna clase, limitándose á decir que la condonación de deuda en calidad de legado no comprende sino lo debido por

el legatario al testador hasta la fecha del testamento (artículo 872); es decir, que tratando conjuntamente ambos legados, beneficia al legatario específico, cuya deuda se considera condonada el día que el testamento fué otorgado.

d) Legado hecho á un acreedor.—Ambos Códigos están en perfecta conformidad: el nuestro (art. 837) dice: «El legado hecho á un acreedor no se imputará en pago de su crédito, á no ser que el testador lo declare expresamente. En este caso, el acreedor tendrá derecho á cobrar el exceso del crédito, ó del legado.» Y de igual modo el de Guatemala prescribe en el art. 874 que «el legado hecho á un acreedor tendrá efecto sin perjuicio del pago de su crédito».

e) Legados alternativos.—No hay en el derecho civil de Guatemala correspondencia alguna con nuestro art. 874, que se ocupa de estos legados.

f) Legados de cosa mueble genérica y de cosa inmueble no determinada.—Es válido el primero, según nuestro Código, haya ó no cosas de su género en la herencia, y el segundo sólo cuando las haya. Frente á estas prescripciones terminantes no hallamos en el Código que comparamos ninguna que presentar en equivalencia. Presupone su validez, en cuanto al legado de cosa mueble genérica, la disposición del art. 871, que confiere la elección de ella al encargado de pagarlo, si el testador no dispuso lo contrario; mas nada se dice en dicho Código del de cosa inmueble no determinada.

g) Legados de educación y de alimentos.—Tampoco los regula el derecho de Guatemala.

h) Legado de pensión periódica, anual, mensual ó semanal.—Es asimismo objeto de preterición en el Código que comparamos.

i) Legados remuneratorios.—No los dedica nuestro Código artículo alguno, á pesar de referirse á ellos en el 887, concediéndoles prelación sobre todos los demás. El Código guatemalteco, en cambio, los trata en el art. 873, estableciendo que se rijan por las reglas sobre donaciones de ese

género, y que al legatario incumbe probar sus servicios en casos de duda.

V. *Aceptación y renuncia de legados.*—Dos artículos del Código guatemalteco, el 875 y el 876, tratan de este punto, estableciendo que la aceptación del legado puede ser expresa ó tácita y la renuncia sólo de modo expreso, salvo caso de prescripción. Véanse los textos:

"Se acepta el legado expresamente cuando se pide, y tácitamente cuando se recibe la cosa legada. (Art. 875.)

"No hay renuncia de legado si no es expresa. Sin embargo, si el legatario deja transcurrir el término de la prescripción correspondiente á la cosa legada, no podrá exigirla. (Art. 876.)

Comparando los preceptos que anteceden con el art. 889 de nuestro Código, se observan diferencias más aparentes que reales: en efecto, la teoría de la aceptación expresa y tácita, que este último omite, puede aplicársele sin duda alguna, por la analogía que ofrece con la expresa y tácita adición de la herencia por el heredero, formas admitidas y reguladas en la *Sección cuarta, cap. V* del mismo título; y en cuanto á la indivisión del legado para los efectos de la aceptación, extremo que nuestro derecho trata especialmente, pasa silencioso el Código de Guatemala, siquiera por el laconismo de sus artículos 875 y 876 no haya dificultad en considerar aplicable la equitativa doctrina del Código español.

Todo lo dicho es con referencia al art. 889 de nuestro Código civil. En cuanto al 890, no hallamos concordancia alguna en el de Guatemala después de haberlo examinado escrupulosamente.

VI. *Adquisición de legados.*—En los artículos 881 al 886 se ocupa nuestro Código civil de esta materia; obsérvase desde luego, al compararle con el de Guatemala, que éste no hace distinción alguna respecto á la percepción de frutos, mientras aquél establece que si el legado es de cosa espe-

cífica y determinada, propia del testador, pertenecerán desde su muerte los frutos pendientes al legatario (art. 882), y que si fuera genérico ó de cantidad, sus frutos ó intereses corresponderán al heredero, salvo que el testador dispusiera otra cosa (art. 884). Al tenor del Código guatemalteco, siempre pertenecen al legatario los frutos de la cosa legada; he aquí los artículos que así lo establecen:

* Corresponden también al legatario, desde la muerte del testador, los frutos de la cosa legada, y desde que pase un año del fallecimiento del segundo, se le debe interés por el legado que consista en dinero, salva disposición contraria del testador. (Art. 878.)

En cuanto al derecho del legatario á reclamar la manda, hállanse ambos Códigos en armonía, si no en la forma, al menos en la esencia de sus disposiciones. El art. 887 del que comparamos ofrece analogía manifiesta con nuestro 881, y no podía ser de otra manera, ya que el derecho del legatario nace en buenos principios cuando el testador fallece: Interpretándolos rectamente, dice el Código de Guatemala:

* El legatario adquiere desde la muerte del testador el dominio de la cosa legada en el estado en que se halle y obtiene la posesión desde que se le entregue por el albacea ó por el heredero. (Art. 887.)

Este último extremo de la posesión hállase tratado, aunque desde distinto punto de vista, por nuestro Código, en su art. 885, que prohíbe al legatario *ocupar* por su propia autoridad la cosa objeto del legado, cuya entrega y posesión debe pedir al albacea ó heredero.

Finalmente, el plazo que señala el Código de Guatemala para que el legatario pueda reclamar el legado es diverso; en general, habrá de esperar á que venzan los términos designados para la aceptación de la herencia ó á que el heredero entre á poseerla (art. 879); mas si se tratase de cosa específica que exista en la testamentaría, puede pedirla después de nueve días de muerto el testador. (Art. 880.) Y en

cuanto á la obligación del heredero de dar la misma cosa legada cuando pueda hacerlo, de abonar en dinero los legados que en él consistan, aunque no lo haya en la herencia, y de imputar á esta última los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada, prescripciones todas del art. 886 de nuestro Código, diremos que la primera carece de equivalencia en el de Guatemala, si bien está conforme con el espíritu del articulado, y la segunda y tercera no están tratadas en él taxativamente; en cambio, confirma la libertad del testador en el art. 881, diciendo:

* En todo caso, se cumplirá la disposición del testador en cuanto al modo, orden y tiempo en que deban pagarse los legados.

VII. *Derecho de elección en los legados.*—No tienen concordancia en el Código de Guatemala los artículos 876 y 877 del nuestro. Por analogía solamente, citamos aquí el 871, que dispone que «en el legado de una cosa mueble indeterminada, la elección corresponde al encargado de pagarlo si el testador no dispuso lo contrario», pero tal precepto, determinante no más de una especialidad, no puede estimarse correspondiente á los nuestros.

VIII. *Legado de cosa gravada con derecho á favor de terceros.*—El Código de Guatemala sienta la doctrina general de que la cosa pasa al legatario con todas las responsabilidades que tuviere, lo que implica la obligación por parte de éste de cumplirlas; nuestro Código impone la transmisión de responsabilidad cuando la cosa legada esté gravada con carga perpetua ó temporal que no sea hipoteca ó prenda, pues entonces deberá el heredero liberarla pagando la deuda. La disposición de nuestro art. 868, según la cual, el legatario deberá respetar el usufructo, uso y habitación impuestos sobre la cosa objeto del legado hasta su extinción, está conforme en absoluto con el Código de Guatemala, cuyo contexto es el siguiente:

* La cosa legada pasa al legatario con todas las responsa-

bilidades que tuviere, al tiempo de la muerte del testador, si éste no dispuso lo contrario. (Art. 882.)

IX. *Orden de prelación para el pago de los legados.*—Ningún artículo del Código de Guatemala establece, al igual del nuestro, la prelación que deba existir en el pago en caso de no alcanzar los bienes de la herencia para cubrir todos ellos. Sólo hallamos el ya citado art. 881 facultando al testador para determinar el modo, *orden* y tiempo en que deban ser entregados; pero no hay texto que regule este punto en el caso, tan frecuente en la práctica, de que el testador no fije orden alguno.

X. *Extinción de los legados.*—No hay para qué hablar aquí de los casos en que el legatario fallece antes que el testador, porque en realidad, no habiendo aún nacido legalmente el derecho del favorecido, carece de virtualidad la disposición testamentaria, y no puede considerarse extinguido lo que no tuvo existencia. Este principio, consignado claramente en el art. 883 del Código de Guatemala, está latente en nuestro derecho (art. 766), no pudiendo caber sobre ello duda alguna.

En tres casos queda sin efecto, según nuestro Código, el legado: 1.°, por transformación de la cosa objeto del mismo; 2.°, por enajenación total ó parcial, entendiéndose en este caso que la ineficacia se refiere á la parte enajenada, y 3.°, por que viviendo el testador ó después de muerto, perezca la cosa, sin culpa del heredero. (Art. 869.) Á estos casos, que constituyen la disposición general en la materia, hay que sumar uno especial: el referente al legado de condonación de deuda, el cual caduca (art. 871) cuando el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda.

El Código americano que estudiamos limítase á enunciar por separado y sin plan alguno de exposición, los casos de extinción del legado: es el primero el de la prescripción, á que se refiere su art. 876. Según él, si «el legatario deja

transcurrir el término de la prescripción correspondiente á la cosa legada, no podrá exigirla», modo de extinción que no corresponde con los consignados en nuestro Código, el cual lo omite por ser ese precepto doctrina general tratada en lugar adecuado, teniendo, por tanto, aplicación indudable á la extinción de la acción correspondiente al legatario.

Otro artículo del mismo Código de Guatemala, el 895, se remite, en cuanto á la regulación de la caducidad de los legados, á lo dispuesto sobre la de los testamentos. En el artículo 940 del § *XVII*, «De la revocación y caducidad de los testamentos», hallamos disposición igual á la que desenvuelve nuestro Código en su art. 869, número segundo. Dice aquél:

«Por la enajenación que haga el testador del todo ó parte de una cosa dejada en testamento, se entiende revocada su disposición relativa á la cosa ó parte enajenada, á no ser que vuelva á su dominio.» (Art. 940.)

Y el artículo siguiente, 941:

* «La donación de un crédito hecho en testamento queda revocada en todo ó parte si el testador cobra ó recibe en pago el todo ó parte de la cantidad que se le debía.»

Más adelante, en el art. 947, menciona la ineficacia del legado cuando perezca la cosa en que consista, disposición equivalente á la establecida en nuestro Código, art. 869, número tercero; la identidad de ambos preceptos es manifiesta.

* La disposición testamentaria de una cosa específica en favor de alguno, caduca si se destruye la cosa sin culpa del heredero. (Art. 947.)

En resumen: el plan de nuestro Código presentando conjuntamente los casos de extinción del legado, no concuerda con el de Guatemala, que ofrece dispersos los artículos que les corresponden; la doctrina es por los dos aceptada hasta el punto que sólo hallamos en el último la omisión del caso primero de nuestro art. 869 (ineficacia del legado por transformación de la cosa): á excepción de éste, son admitidos los demás casos en el de Guatemala.

XI. *Efectos de la extinción.*—Difieren ambos Códigos en pequeños detalles: el nuestro establece (art. 888) que cuando no tenga efecto el legado, por cualquiera causa, se refunda en la masa general de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer; el de Guatemala (artículo 891) estatuye que los legados que caduquen, vaquen ó queden sin efecto, pertenezcan al heredero universal, y en su defecto, á los legales; nada dice de la sustitución entre legatarios, pero la admite en el 883 de modo expreso; y á diferencia del español, no consiente el derecho de acrecer. Dice, en efecto, el art. 890:

* No hay derecho de acrecer entre los legatarios si el testador no lo establece clara y expresamente.

Es ésta, pues, la única diversidad digna de mención, puesto que, como sabemos, nuestro Código consigna, en su artículo 987, que «el derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos».

—

Desde el art. 884 al 889, se ocupa el Código de Guatemala de los *legados condicionales,* regulándolos con algún detalle; mas esta materia está tratada en nuestro Código con separación en la *Sección cuarta* del mismo *cap. II* que nos ocupa, y por ello nos consideramos relevados de establecer comparaciones, tanto más cuanto que en su mayor parte habríamos de repetir lo ya dicho en el estudio correspondiente al *tomo XIII, pág. 94,* en que se expresa lo relativo á las instituciones condicionales, según el derecho de Guatemala, por cuyas reglas se rigen estos legados, á tenor del art. 885 de su Código civil.

*
* *

DE LOS ALBACEAS Ó EJECUTORES TESTAMENTARIOS.

1. *Facultad de nombrar albaceas.*—Conformes ambos Códigos en que corresponde esta facultad al testador, reconócelo el nuestro expresamente (art. 892), y el guatemalteco de modo indirecto en la definición que da del albacea. Es—dice—la persona á quien el testador encarga el cumplimiento de su voluntad (art. 898). Este concepto da la regla general respecto al nombramiento de albacea, mas en los artículos siguientes—899, 900 y 901—establécese, á modo de excepción, la institución del albacea dativo, desconocida en nuestro derecho. Según el Código que comparamos, procederá el nombramiento de *albacea dativo* por el Juez en los casos de renuncia, remoción ó falta del que está nombrado en el testamento, pudiendo los herederos ó el Juez mismo exigir la correspondiente fianza en garantía del buen desempeño de su cargo.

Guarda, pues, el nombramiento de albacea dativo, en relación con el testamentario, un carácter subsidiario en el sentido de que existe aquél únicamente cuando falta éste, por alguna de las causas previamente establecidas.

Origina esto una diferencia notable en el derecho de ambos países: en el nuestro, siempre que el albacea desaparece, ya por renuncia, imposibilidad, muerte ó remoción del cargo, ya por no haber hecho el testador expresa designación, corresponde á los herederos la ejecución del testamento; por el contrario, según el Código de Guatemala, sólo incumbe á los herederos el cumplimiento de la voluntad del testador de modo general, cuando éste no haya nombrado albaceas (art. 902), y especialmente cuando sus disposiciones estén incumplidas por no comprenderse en la comisión del albaceazgo, ó por falta de posibilidad ó de voluntad del albacea (art. 903): En los demás casos en que el albacea testamentario deja de serlo se procederá por el Juez al nombramiento de albacea dativo. En nuestro derecho, por tanto, el albacea es siempre testamentario; en el derecho de Guatemala

puede ser además dativo, y por ello su Código le da el nombre genérico de albacea, comprendiendo en él ambas clases.

II. *Capacidad para el albaceazgo.*—El Código español (artículo 893) exige la misma que para obligarse, facultando á la mujer casada con licencia de su marido, y prohibiendo al menor en todo caso el desempeño del cargo. Requiere el de Guatemala (art. 906) para ser albacea, tener la edad de veintiún años, poder administrar bienes, no ser incapaz de adquirirlos por herencia y no estar en actual servicio de las funciones de Magistrado, Fiscal ó Juez.

III. *Clases de albaceas.*—Admite el Derecho de Guatemala, como el nuestro, que el albaceazgo sea desempeñado por una ó varias personas, y que en este caso se nombren mancomunada ó sucesivamente; pero nada dice del albacea universal ó particular, ni de la forma solidaria establecida también por el Código español. (Art. 894).

He aquí las disposiciones referentes:

* Puede conferirse el albaceazgo á una ó más personas para que lo ejerzan mancomunadamente ó una después de otra. (Art. 904.)

* Es solidaria la responsabilidad de los albaceas mancomunados. (Art. 905.)

IV. *Caracteres del cargo.*—Tanto en nuestro Código (artículo 898) como en el de Guatemala (art. 907), se reconoce que el albaceazgo es eminentemente voluntario, obligando su cumplimiento desde su aceptación.

No hay la misma armonía de criterio respecto á la condición de gratuidad que, salvo disposición del testador, establece nuestro Derecho. El de Guatemala, con opuesto sentir, señala á los albaceas una retribución proporcionada al caudal inventariado, estatuyendo en su art. 919 que llevarán por su trabajo, siempre que no sean herederos, el 2 *por 100* de los bienes que inventaríen, si la cantidad llega ó pasa de *50.000* pesos, el *3* si á *40.000*, el *3 ½* si á *30.000*, el *4* si á *20.000* y el *5* siempre que baje de esta cantidad.

Concuerda, en cambio, con el 909 del Código español, en el que se da la nota de intransmisibilidad del cargo de albacea, el 911 del guatemalteco, que dice textualmente: «El cargo de albacea es meramente personal y no puede transmitirse por el que lo ejerce; pasan, sin embargo, á sus herederos las responsabilidades civiles en que hubiese incurrido por su administración.» Este último inciso no tiene equivalencia en esta sección de nuestro Código, aunque es de advertir que el principio general de que todo heredero responde de las obligaciones de su causante, hace innecesaria tal prescripción en dicho punto, sometido á la regla común.

V. *Aceptación y renuncia del cargo y sus efectos.*—Se entiende aceptado, á tenor de lo dispuesto en el art. 898 del Código civil vigente, si transcurrido seis días desde que el albacea tuvo noticia de su nombramiento, ó desde la muerte del testador no se excusa debidamente. Es ésta una aceptación tácita de que no trata el Código de Guatemala, que, al igual del nuestro, impone al albacea, aceptado el cargo, la obligación de desempeñarlo, en su art. 907, declarativo de que «ninguno está obligado á aceptar el cargo de albacea, pero no puede renunciarlo después de aceptado sino con justa causa, á juicio del Juez», disposición semejante á la que consigna nuestro art. 899.

Prescribe el Código que comparamos que el albacea dejará de serlo si no empieza y concluye los inventarios dentro del término legal de treinta y noventa días respectivamente, cuyo precepto no tiene equivalencia en nuestro derecho.

Finalmente, la sanción que el art. 900 del Código español impone al albacea que no acepte el cargo ó lo renuncie sin justa causa, carece de concordancia en el de Guatemala, que sólo prohibe á los albaceas durante el ejercicio de su misión toda adquisición de bienes, derechos y créditos de la testamentaría en que intervengan. (Art. 912.)

VI. *Facultades de los albaceas.*—Determinan ambos

Códigos concretamente estas facultades; el nuestro en los artículos 901, 902 y 903, y el de Guatemala en los 908, 909 y 910. Confíase á los albaceas, tanto en uno como en otro, el pago de los funerales del testador, el de los legados y el atender á la conservación de los bienes. Según el Código español, deberán también sostener, siendo justo, la validez del testamento en juicio y fuera de él; mas esta facultad de representar en juicio la herencia sin contar con los herederos, hállase limitada en Guatemala al caso de que el testador así lo dispusiera expresamente; dice, en efecto, su Código en el artículo 910: «no son personeros de la testamentaría, para demandar, ni responder en juicio, los albaceas testamentarios ni los dativos que los reemplacen, sino en los asuntos de que hubiese hecho á los primeros encargo expreso el testador. Por consiguiente, fuera de este caso, toda demanda debe interponerse contra los herederos y sólo éstos pueden demandar á los deudores ú obligados en favor de la testamentaría.»

Tampoco tiene correlación la facultad que confiere á los albaceas nuestro art. 903, según el que pueden promover la venta de los bienes muebles y aun la de los inmuebles para pago de funerales y legados si los herederos no lo aprontasen de lo suyo; el artículo guatemalteco que ofrece mayor semejanza es el 909, y sólo les autoriza para pagar los legados específicos, hecho el inventario, y asegurar á su satisfacción los demás antes de entregar la herencia al heredero.

VII. *Obligación del albacea.*—Aceptado el cargo, adquiere el albacea el compromiso de desempeñarlo, obligación que le impone expresamente el art. 899 de nuestro Código; pero de tal suerte se deduce de la aceptación dicho compromiso, que aun sin disposición especial, como ocurre en el guatemalteco, es aquél indudable.

La otra obligación de todo albacea, la de rendir cuenta de su encargo, es reconocida por ambos Códigos con perfecto acuerdo en los artículos 907 del español y 917 del de

Guatemala, que dice: «El albacea dará á los interesados cuenta documentada del albaceazgo inmediatamente después de haberlo ejercido.»

Impónense, además, en el cuerpo legal que comparamos, otras obligaciones que no tienen equivalencia en nuestro derecho: he aquí su texto:

* En la herencia voluntaria, desde día cierto ó desde que se hayan cumplido los encargos del testador, los herederos tienen derecho de exigir que el albacea asegure la devolución de los bienes, para cuando llegue el día ó sean cumplidos los encargos, sin más menoscabo, en cuanto de él dependa, que el que resulte naturalmente de las disposiciones del testador. (Art. 920.)

* Los legatarios desde día cierto ó desde que se hayan cumplido los encargos del testador, no habiendo herederos, gozan del mismo derecho concedido en el artículo anterior. (Artículo 921.)

VIII. *Plazo para el albaceazgo.*—Es este el punto de discordancia de los Códigos español y guatemalteco en la materia de albaceas. Tiende el primero á prolongar la situación de la testamentaría por todo el tiempo que estime necesario el testador, el Juez ó los herederos, y en sus artículos 904, 905 y 906 se ocupa de regular esas prórrogas y del modo de concederlas. El segundo, por el contrario, sienta el principio de que el plazo es de un año, cuyo término, no ampliado luego con concesiones de ningún género, empieza á correr desde la muerte del testador, á diferencia de nuestro derecho, según el cual, ha de partirse de la fecha en que el albacea aceptó el cargo, ó desde que terminen los pleitos que se hubieren promovido sobre la validez ó nulidad del testamento; y como derivación de aquel principio, amenaza con la pena de nulidad á cuanto ejecute el albacea transcurrido año de su cargo, salvo la rendición de cuentas.

La diferencia no puede ser mayor: frente á la prórroga lefinida del plazo legal—que nuestro Código consiente,—

preséntase en el de Guatemala un término fatal en todo caso. En nuestro derecho, todos pueden contribuir á aquella prórroga; la deciden el testador, el Juez, los interesados por el tiempo que bien les parezca; en Guatemala á *nadie* es lícito prolongar un instante más el año del encargo, y hállese ó no cumplido, es fatal que el término acabe; es, pues, el derecho de Guatemala inflexible, como puede verse por los artículos de su Código que copiamos:

* Expira el albaceazgo pasado un año desde la muerte del testador, aunque no estén cumplidas las disposiciones de éste.

Termina igualmente antes del año si se probase están cumplidos los encargos del testador. (Art. 914.)

* El término de un año de que habla el artículo anterior es fatal y no podrá prorrogarse ni por el testador ni por el Juez. (Art. 915.)

* Todo lo que ejecute el albacea, excepto la rendición de cuentas, pasado el año de que hablan los artículos anteriores, es nulo y puede exigírsele el pago de daños y perjuicios por su indebida intervención. (Art. 916.)

IX. *Término del albaceazgo.*— Además del lapso legal de que trata el epígrafe anterior, reconócense en el Código de Guatemala como causas de remoción del cargo, las de negligencia, abuso ó malversación (art. 922), pudiendo pedirla los interesados en los bienes; omite las causas de muerte é imposibilidad; mas éstas, como causas naturales que son, habrán de motivar el término del albaceazgo, aun sin precepto especial de la ley positiva.

MÉJICO

Libro IV: De las sucesiones.—Título II: De la sucesión del testamento.—Capítulo VIII: De los legados (artículos 3.524 al 3.620).—Capítulo XI: De los albaceas ó ejecutores de las últimas voluntades (artículos 3.675 al 3.749).

I. *Consideraciones generales.*—El Código de Méjico, más detallista en general que el español, se ocupa de desenvolver y regular diferentes modalidades de *legados* no tratados en éste; pero, aparte dicha omisión, no se halla diferencia alguna en el articulado de uno y otro, y bien pronto se ve cómo es el español mera reproducción del que estudiamos.

En punto al *albaceazgo* no puede decirse lo mismo: Esta institución apenas si tiene en Méjico vida propia, ofreciendo semejanza con nuestro derecho, sólo en el caso de herencia voluntaria. En el de herencia forzosa, el testador no tiene más facultad que la de nombrar albacea á cualquiera de sus herederos. Y tanto en uno como en otro caso, si el testador no hace el nombramiento, recae dicho derecho en sus sucesores.

Tal es, en líneas generales, la base en que se fundamenta todo el capítulo que el Código de Méjico dedica á los albaceas: y como si la multitud de artículos que delimitan su esfera de acción, fueran aún insuficientes para significar el recelo con que el ejecutor testamentario es mirado por dicha ley, crea ésta, con el exclusivo objeto de atender á la vigilancia del albacea, el cargo de interventor, que mejor sería llamar espía, por el servicio que desempeña.

Débese advertir que las analogías entre ambos textos son siempre, por lo que al de Méjico se refiere, en el supuesto de herencia voluntaria, pues, como queda dicho, en el caso de herederos forzosos, no existiendo realmente las funciones del albaceazgo, es imposible su concordancia con nuestro Derecho.

DE LOS LEGADOS.

Facultad de establecer mandas y legados. Obligacio-

nes de las personas gravadas con mandas ó legados.—Las prescripciones contenidas en los artículos 858 y 859 del Código español tienen literal equivalencia en los 3.532 y 3.533 del mejicano: Dicho Código, en los artículos precedentes (3.524 al 3.528), se ocupa de determinar la porción de bienes que el testador puede distribuir en legados, cuando haya herederos forzosos, la reducción de aquéllos en caso de exceso y la capacidad para adquirirlos. Dichos preceptos son, á la letra, los siguientes:

* El testador que tiene herederos forzosos, únicamente puede distribuir en legados la parte que, conforme al capítulo IV de este título, no esté comprendida en legítima. (Artículo 3.524.)

* El legado que exceda de la parte de libre disposición, deberá reducirse, y aun suprimirse como inoficioso. (Artículo 3.525.)

* El testador que no tiene herederos forzosos, puede distribuir en legados una parte de sus bienes ó todos ellos. (Artículo 3.526.)

* Son incapaces de adquirir los que lo son de heredar. (Art. 3.527.)

* Respecto de la capacidad de los legatarios, se observará lo dispuesto en los artículos 3.426 á 3.449. (Art. 3.528.)

* El testador puede gravar con legados, no sólo á los herederos, sino á los mismos legatarios, quienes no están obligados á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor de su legado. (Art. 3.532.)

* El heredero ó legatario á quien expresamente haya gravado el testador con el pago de un legado, será él solo responsable de éste en los términos que establece el artículo anterior y el 3.503. (Art. 3.533.)

* Si el heredero ó legatario renunciasen la sucesión, la carga que se les haya impuesto se pagará solo con la cantidad á que tenía derecho el que renunció. (Art. 3.534.)

Estos preceptos tienen equivalentes en nuestro Códi[illegible].

algunos son idénticos, incluso en la forma; otros concuerdan en el espíritu. Carecen de correspondencia los siguientes:

* Si la carga consiste en hecho, el heredero ó legatario que acepta la sucesión queda obligado á prestarlo. (Artículo 3.535.)

* Si el legatario á quien se impuso algún gravamen no recibe todo el legado, se reducirá la carga proporcionalmente, y si sufre evicción, podrá repetir lo que haya pagado. (Art. 3.536.)

II. *Responsabilidad de los legatarios en caso de distribución de toda la herencia en legados.*—En este punto limítase nuestro Código en su art. 891 á copiar el 3.616 del de Méjico, con ligerísimas modificaciones de palabras; dice así este último:

«Si toda la herencia se distribuyere en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre todos los partícipes á proporción de sus cuotas; á no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.»

No puede darse, como se ve, calco más perfecto.

III. *Clases y modalidades de legados.—a) Legado de un hecho ó servicio por el heredero ó legatario.*—Empezaremos por hacer constar que el Código mejicano, á diferencia del español, admite, no sólo los legados que se refieren á la prestación de cosas y acciones, sino también á la de hechos ó servicios. Claramente lo consigna así el art. 3.531, que dice:

«El legado puede consistir en la prestación de cosa ó en la de un hecho ó servicio.»

b) Legado de cosa ajena.—Existe literal concordancia en la regulación de estos legados, siendo los artículos 861 y 862 de nuestro Código copia exacta de las disposiciones conte-
as en el de Méjico en los 3.576, 3.577, 3.578 y 3.579.
remos notar, en apoyo de la afirmación, que la diferencia
re el número de artículos no significa otra cosa sino que
estro Código ha acumulado en dos la materia que el me-

jicano desenvuelve en cuatro, sistema seguido con bastante frecuencia por nuestro legislador, ya con el fin de refundir análogas disposiciones, ó ya con el de disimular la transcripción.

c) Legado de cosa propia del heredero ó legatario. — Nuestro Código ha sido escrito, en lo que á estas materias respecta, sirviendo de falsilla el de Méjico, de tal modo que las variaciones sólo consisten en omitir aquello que estimara superfluo ó inútil nuestro legislador. Así, por ejemplo, y concretándonos á esta clase de legados, observamos que si bien se transcriben con absoluta fidelidad los artículos 3.573 y 3.574, preceptos que en nuestro Código se llaman art. 863, en virtud de la agrupación antes aludida; en cambio, nada se dice del 3.575, cuya disposición ha sido conceptuada como una aplicación del principio general de que el «legado de cosa ajena, ignorándolo el testador, es nulo».

Véanse, para mayor claridad, los aludidos artículos:

* Es válido el legado hecho á un tercero, de cosa propia del heredero ó de un legatario, quienes, si aceptan la sucesión, deberán entregar la cosa legada ó su precio. (Art. 3.573.)

* Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos. (Art. 3.574.)

* Si el testador ignoraba que la cosa fuese propia del heredero ó legatario, será nulo el legado. (Art. 3.575.)

Respecto de nuestro art. 864 diremos solamente que el precepto que contiene está expuesto de idéntico modo en el artículo 3.549 del Código de Méjico.

d) Legado de cosa que esté fuera del comercio humano.— Nulo, según nuestro art. 855, que corresponde al 3.540 del mejicano.

e) Legado de cosa que pertenezca al legatario. — Prescribe el Código español que no tenga efecto aun cuando en la cosa tuviese derecho otra persona (art. 866), y sólo le otorga eficacia en cuanto á la liberación de dicho derecho ó gravamen si expresamente lo dispuso el testador. El Có-

digo de Méjico hace iguales declaraciones en los artículos 3.570 y 3.571, añadiendo en el 3.572 que si el legatario adquiere la cosa después de otorgado el testamento, se entiende legado su precio, cuyo principio estimamos justo y equitativo.

f) Legado de cosa gravada con algún derecho á favor de terceros.—Concuerdan los artículos del Código español que regulan esta modalidad (867 y 868) con los 3.554, 3.556, 3.557 y 3.558 del mejicano: la perfecta identidad de ambos Códigos, en este punto, nos dispensa de toda comparación entre sus textos.

g) Legados de crédito contra tercero y de liberación de deuda.—Hay, también, igualdad de doctrina, pero diferéncianse los Códigos en el plan expositivo; mientras el nuestro, inspirándose en el espíritu de *concentración* á que hemos aludido, reúne en el art. 870 toda la materia referente á las dos clases de legados, el de Méjico los trata con separación, dedicando al de crédito contra tercero tres artículos (3.559, 3.560 y 3.561), al de liberación de deudas uno (3.562) y declarando en el 3.563 que ambos legados comprenden los intereses debidos. Desde luego se observa que el Código que comparamos detalla con más minuciosidad que el nuestro las respectivas obligaciones del heredero en cada uno de dichos legados; las citadas disposiciones son como sigue:

* El legado hecho á un tercero de un crédito á favor del testador sólo produce efecto en la parte del crédito que esté insoluta al tiempo de abrirse la sucesión. (Art. 3.559).

* En el caso del artículo anterior, el que deba cumplir el legado entregará al legatario el título del crédito y le cederá todas las acciones que en virtud de él correspondían al testador. (Art. 3.560).

* Cumpliendo lo dispuesto en el artículo que precede, el que debe pagar el legado queda enteramente libre de la obligación de saneamiento y de cualquiera otra responsabi-

lidad, ya provenga ésta del mismo título, ya de insolvencia del deudor ó de sus fiadores, ya de otra causa. (Art. 3.561.)

* El legado de una deuda hecho al mismo deudor extingue la obligación, y el que cumple el legado está obligado, no sólo á dar al deudor la constancia del pago, sino también á desempeñar las prendas, á cancelar las hipotecas y las fianzas, y á libertar al legatario de toda resposabilidad. (Artículo 3.562.)

* Los legados de que hablan los artículos 3.559 y 3.562 comprenden los intereses que por el crédito ó deuda se deban á la muerte del testador. (Art. 3.563.)

Terminaríamos aquí el estudio de esta clase de legados si no halláramos en el art. 3.565 del Código mejicano una especialidad, no tratada por el español (1). Refiérese á entender legada una deuda cuando se legue su título, sea público ó privado, cuya disposición es perfectamente lógica, aunque, en nuestro entender, sea poco práctica, por ser más llano expresar desde luego el deseo de legar un crédito que acudir al simbolismo que implica el procedimiento indicado.

h) Legado genérico de liberación de deudas. — Concuerda nuestro art. 872 con el 3.566 del Código mejicano; según ambos, este legado comprende sólo las existentes al tiempo de otorgarse el testamento, no las posteriores.

i) Legado hecho á un acreedor.—El art. 873 del Código español es refundición de los 3.567 y 3.568 del de Méjico. Dicen éstos:

* El legado hecho al acreedor no compensa el crédito, á no ser que el testador lo declare expresamente.

* En caso de compensación, si los valores fuesen diferentes, el acreedor tendrá derecho de cobrar el exceso del crédito ó el del legado.

Conviene hacer notar que el Código que comparamos es-

(1) Véase el art. 688 del proyecto de 1851.

tatuye además (art. 3.569) que el testador puede por medio de un legado mejorar la condición de su acreedor, haciendo puro el crédito condicional, hipotecario el simple, ó exigible desde luego el que lo sea á plazo, sin perjuicio de los privilegios de los demás acreedores; esta especialidad del legado que nos ocupa, no tiene en nuestro Código equivalencia, y ciertamente es de extrañar que, habiendo seguido á la letra el articulado mejicano, se haya saltado este punto sin hacer la menor alusión á su contenido.

j) Legado alternativo.—Seis artículos dedica á su desenvolvimiento el Código de Méjico: en el 3.592, del cual es copia nuestro 874, dice que se observará lo dispuesto en las obligaciones de esa clase; en el 3.590 concede la elección al heredero, si el testador no se la hubiere otorgado expresamente al legatario; en el 3.591 estatuye que si le corresponde á aquél, puede entregar la cosa de menor valor, y si á éste, elegir la que más valga; y, finalmente, en los 3.593, 3.594 y 3.595, determina que cuando no haga la elección quien tenga ese derecho, pase á su representante legítimo ó heredero, y que á instancia de parte interesada, pueda hacerla el Juez en caso de haber dejado transcurrir el término en que deba elegirse la cosa, fijando, por último, el principio de que la elección legítimamente hecha es irrevocable.

El resumen que antecede basta para apreciar la semejanza de los textos del Código de Méjico con los de nuestro Código: éste también otorga al heredero ó al legatario el derecho de dar ó escoger lo que mejor le pareciese (art. 876), é igualmente transmite ese derecho á los herederos del expresamente designado para hacer la elección, la cual es irrevocable una vez practicada (art. 877); pero no dice quién deberá hacerla cuando el testador no hubiese designado á ninguna persona; tampoco faculta al Juez expresamente cuando el término legal haya transcurrido sin ser utilizado por quien tuviese tal derecho. Cierto es que, á tenor del artículo 1.132, será el heredero, por su analogía con el carác-

ter de deudor, quien haga la elección y que el Juez podrá decidirla judicialmente, si por cualquiera causa no usa de su derecho el especialmente designado: mas, de todos modos, no puede negarse que lo primero es no más una interpretación basada en razones de afinidad, y lo segundo significa en nuestro procedimiento todo un pleito ordinario, largo, costoso é ingrato, y nunca una atribución inmediata de la Autoridad.

k) *Legados de cosa mueble genérica y de cosa inmueble no determinada.*—Hay identidad de doctrina en ambos Códigos; la que desenvuelve el nuestro en el art. 875 es vivo reflejo de la que inspira los artículos 3.544, 3.545 y 3.548 del mejicano, cuyo tenor literal es el siguiente:

* El legado de cosa mueble indeterminada, pero comprendida en género determinado, será válido aunque en la herencia no haya cosa alguna del género á que lo legado pertenezca.

* En el caso del artículo anterior, la elección es del que debe pagar el legado, quien, si las cosas existen, cumple con entregar una de mediana calidad, pudiendo en caso contrario comprar una de esa misma calidad ó donar al legatario el precio correspondiente, previo convenio ó á juicio de peritos.

* Si la cosa indeterminada fuere inmueble, sólo valdrá el legado existiendo en la herencia varias del mismo género; para la elección se observarán las reglas establecidas en los artículos 3.545, 3.546 y 3.547.

Obsérvase que el legislador mejicano trata con más detenimiento que el nuestro lo referente al legado que nos ocupa, y así, sin perjuicio de la semejanza de sus disposiciones, descúbrese mayor estudio de los detalles en uno que en otro. Confirma este aserto el contenido del art. 3.546, en que se prevé el caso de que la elección haya sido concedida al legatario, resolviendo que puede escoger la cosa mejor si hubiese varias, y si no, una de mediana calidad ó su precio;

y el del 3.547 que ordena se decida cualquiera diferencia que sobre la elección pueda surgir en juicio verbal; ambos preceptos—cuya importancia no es preciso encarecer—han sido preteridos en nuestro Código.

l) Legados de educación y de alimentos.—Según nuestro Código, el primero dura hasta que el legatario sea mayor de edad, cuyo precepto es igual al del art. 3.580 del mejicano; respecto al segundo, también convienen ambos textos (art. 899 español y 3.582 mejicano) en que dura mientras viva el legatario; y finalmente, el art. 3.584 estatuye con las mismas palabras lo que el último párrafo del citado artículo 879.

La única diferencia consiste en disponer el derecho mejicano que el legado de educación cesa si el legatario, durante la menor edad, tiene profesión ú oficio con que poder subsistir, ó si contrae matrimonio (art. 3.581).

m) Legado de pensión periódica, anual, mensual ó semanal.—Copia nuestro art. 880 el Código de Méjico, que dice:

* El legado de pensión, sean cuales fuesen la cantidad, el objeto y los plazos, corre desde la muerte del testador; es exigible al principio de cada período, y el legatario hace suya la que tuvo derecho de cobrar, aunque muera antes de que termine el período comenzado. (Art. 3.585.)

n) Legados en dinero.—También es la disposición de nuestro Código referente á dichos legados (art. 886), refundición de los artículos 3.613 y 3.614 del mejicano: únicamente queda sin equivalencia el principio, consignado en el primer párrafo del mismo art. 886, de que el heredero debe entregar la misma cosa legada, no cumpliendo con dar su estimación; pero, en realidad, tal precepto está conforme con el espíritu del Código que comparamos.

*
* *

Como hemos indicado, trata el Código de Méjico de otras modalidades de legados no articuladas por el nuestro, como son las que consisten en la prestación de un hecho ó servicio, las de cosa recibida en prenda, anticresis, etc., de usufructo, uso, habitación ó servidumbre, de cosa depositada en lugar designado, etc., etc.; he aquí literalmente los artículos que las regulan:

* Si la carga consiste en hecho, el heredero ó legatario que acepta la sucesión queda obligado á prestarlo. (Artículo 3.535.)

* El legado de la cosa recibida en prenda ó anticresis, así como el del título constitutivo de una hipoteca, sólo extingue el derecho de prenda, anticresis ó hipoteca, pero no la deuda, á no ser que así se prevenga expresamente. (Artículo 3.550.)

Este artículo tiene concordancia, en cuanto al legado de cosa empeñada, con el 2.° párrafo de nuestro 871.

* Lo dispuesto en el artículo que precede se observará también en el legado de una fianza, ya sea hecha al fiador, ya al deudor principal. (Art. 3.551.)

* Los legados de usufructo, uso, habitación ó servidumbre subsistirán mientras viva el legatario, á no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa. (Art. 3.552.)

* Sólo durarán treinta años si fuesen dejados á alguna Corporación que tuviere capacidad de adquirir. (Art. 3.553.)

* El legado de cosa ó cantidad depositada en lugar designado, sólo subsistirá en la parte que en él se encuentre. (Artículo 3.555.)

V. *Aceptación y renuncia de legados.*—Hay perfecta identidad entre lo dispuesto por uno y otro Código. Los artículos 3.590 y 3.597 del mejicano están refundidos en el 889 del nuestro; y lo mismo ocurre con lo preceptuado en los 3.598 y 3.590 de aquél, que constituyen el 890 del Código español: omitimos, pues, la transcripción de su texto en atención á sernos conocido.

VI. *Adquisición de legados.*—Según el Código mejicano, el legatario adquiere derecho al legado puro y simple, así como al de día cierto, desde el momento de la muerte del testador, y lo transmite á sus herederos (art. 3.609); cuya doctrina está de acuerdo con la de nuestro Código civil (artículo 881), con la única diferencia de omitir éste lo relativo á los legados de día cierto.

La misma analogía existe en las disposiciones restantes: prescribe el art. 882 que en el legado de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere y hace suyos los frutos ó rentas pendientes, pero no las devengadas y no satisfechas; y el derecho mejicano (art. 3.603) establece la misma doctrina, comprendiendo en el artículo siguiente (3.604) el precepto del párrafo 2.º del citado 882, según el cual, la cosa legada corre desde el instante de la muerte del testador á riesgo del legatario, al que beneficiará ó perjudicará el aumento, mejora, deterioro ó pérdida de la misma.

En cambio, no hallamos correspondencia á nuestro artículo 884, que regula quién ha de percibir los frutos é intereses del legado de cosa genérica: según dicho texto, pertenecerán al heredero por regla general, y al legatario por excepción; es decir, que ocurre lo contrario que en los legados de cosa específica: quizá esta consideración haya sido la causa de la omisión de dicho precepto en el Código de Méjico, pues claro es que regulado el último (el legado de cosa específica), ha de entenderse regulado también, *a sensu contrario*, el de cosa genérica; pero esto no obsta á que se hiciese constar de modo taxativo el criterio legal que merecía al legislador cuestión tan interesante y tan propicia á discusiones como la de percepción de frutos.

El art. 883 de nuestro Código es fiel trasunto del 3.611 del de Méjico; ambos dicen: «La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador.» Este principio general no es absoluto

en el derecho mejicano; tal empeño muestra de especificar casos y de descender á detalles, que le lleva á veces á contradecir sus mismas disposiciones, y, así, por ejemplo, con referencia á dicho art. 3.611, podemos citar los 3.586, 3.587 y 3.588, que son, en parte, otros tantos límites puestos á su contenido. Dicen así:

* Cuando se legue una cosa con todo lo que comprenda, no se entenderán legados los documentos justificantes de propiedad ni los créditos activos, á no ser que se hayan mencionado especificadamente.

* El legado del menaje de una casa no comprende el numerario, los semovientes, los libros, las esculturas, las pinturas ni las alhajas de uso personal, si no se designan expresamente.

* Si el que lega una propiedad le agrega después nuevas adquisiciones, no se comprenderán éstas en el legado, aunque sean contiguas, si no hay nueva declaración del testador.

En ambos Cuerpos legales se consigna que el legatario no puede ocupar por su autoridad la cosa legada, debiendo pedir su entrega y posesión al heredero ó albacea (artículos 885 del español y 3.609 del mejicano); que los gastos de la entrega van á cargo de la herencia, sin perjuicio de las legítimas (artículos 866 ídem y 3.614 ídem), y que los legados en dinero han de pagarse en esta especie aunque no lo haya en la herencia (artículos 885 ídem y 3.613 ídem).

VII. *Derecho de elección en los legados.* — Estudiado comparativamente este derecho al tratar de los legados alternativos y de los de cosa genérica, sólo resta consignar aquí la diferencia de plan que existe entre los dos Códigos.

El nuestro, en sus artículos 876 y 877, da reglas aplicables á esas dos clases de legados, salvo la disposición especial para los de cosa genérica consignada en el 875, y, en cambio, el de Méjico expone separadamente las que co-

rresponden á una y otra; mas, como anteriormente hemos dicho, á pesar de su diversidad expositiva, no hay entre sus textos antinomia alguna, ya que el del Código español se limita á condensar las disposiciones del mejicano, sin introducir en ellas otra modificación que la meramente formal.

Por la importancia del asunto hacemos aquí una sucinta relación del derecho de elección en los legados, según el Código que comparamos.

a) En legados de *cosa mueble genérica:* la elección es privativa de quien debe pagar el legado, pudiendo elegir una cosa de mediana calidad ó dar al legatario su precio. (Art. 3.545)

Por excepción, corresponde al legatario el derecho de elegir cuando así lo dispuso el testador, pudiendo en tal caso escoger la mejor si hubiese varias, ó si no, una de mediana calidad ó su precio. (Art. 3.546.)

Si surgieran diferencias entre los interesados en la elección, será decidida en juicio verbal. (Art. 3 547.)

En legados de *cosa inmueble genérica:* rigen las mismas reglas anteriores, teniendo en cuenta que sólo valdrá el legado si existen en la herencia varias del mismo género. (Art. 3.548.)

b) En legados *alternativos:* la elección corresponde al heredero, por regla general, y al legatario, por excepción, pudiendo aquél entregar la cosa de menor valor y éste escoger la que más valga, respectivamente. (Artículos 3.590 y 3.591.)

Si el que tuviese el derecho de elección no lo ejercitase, pasa á su representante legítimo ó sus herederos (art. 3.593), y si en el término que el Juez señale no se elige la cosa, la designará el Juez á petición de parte. (Art. 3.594.)

VIII. *Orden de prelación para el pago de legados.*—En el derecho mejicano se sigue el mismo orden que señala nuestro Código, con dos alteraciones: *Primera*, la de colocar después de los legados remuneratorios, que en ambos ocu-

pan el primer lugar, los de cosa cierta y determinada, pospuestos en el Código de Méjico á los que el testador hubiese declarado preferentes, y *segunda*, la de anteponer el legado de alimentos al de educación, cuyos legados son equiparados para este efecto en el Código que estudiamos. Por lo demás, el art. 887 del español se inspiró, sin duda alguna, en el 3.617 del de Méjico.

IX. *Extinción de los legados.*—Las mismas causas que según nuestro Código invalidan los legados (art. 869), las admite el de Méjico con efectos iguales. El núm. 1.° de dicho artículo reproduce la disposición del 3.541, que declara la ineficacia del legado si la cosa pierde por acto del testador la forma y denominación que la determinaban; el núm. 2.° del mismo es ampliación del artículo 3.543, referente á la enajenación de la cosa, y el núm. 3.° del referido art. 869 hállase, asimismo, inspirado en el 3.542 del Código de Méjico, que estatuye precepto análogo.

Según el art. 871 de nuestro Código, caduca el legado de liberación de deuda ó de crédito contra tercero cuando el testador, después de haberlo hecho, demandase judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento. La diferencia que separa esta disposición de su correlativa en el Código de Méjico es ostensible, hasta el punto de inspirarla criterio distinto; véase cómo habla de esta caducidad:

* Dichos legados subsistirán, aunque el testador haya demandado judicialmente al deudor, si el pago no se ha realizado. (Art. 3.564.)

En resumen: con arreglo al Código español, la demanda judicial es causa de caducidad, háyase ó no cobrado la deuda; en el mejicano, sólo en caso de haberse realizado judicialmente el pago de ésta, se entienden caducados los legados á que nos referimos.

X. *Efectos de la extinción.* — Claramente consigna nuestro art. 888 que cuando por cualquiera causa el legado no

tenga efecto, se refundirá en la masa hereditaria, salvo los casos de sustitución y derecho de acrecer entre los legatarios. En vano se buscará en el capítulo «*Mandas y legados*» del Código mejicano parecida disposición, siendo preciso recorrer su articulado hasta llegar al *título V, capítulo III*, que trata del derecho de acrecer, para encontrar equivalencia con el artículo citado. Dispónese allí (art. 3.924) que cuando los legatarios no estén llamados á una misma porción de la herencia sin especial designación de partes, sino que, por el contrario, fallezcan antes que el testador, renuncien sus respectivos legados ó sean incapaces de recibirlos, acrecerán éstos á los herederos.

Es, pues, el mismo precepto que el nuestro; pero hállase colocado en lugar distinto.

***

Carecen de concordancia en nuestra Legislación civil las siguientes prescripciones del Código mejicano:

* Los legatarios tienen derecho de reivindicar de cualquier tercero la cosa legada, ya sea mueble ó raiz, con tal que sea cierta y determinada. (Art. 3.618.)

* El legatario de un inmueble, que perece incendiado después de la muerte del testador, tiene derecho de recibir indemnización del segundo si el predio estaba asegurado. (Artículo 3.619.)

* Si se declara nulo el testamento después de pagado el legado, la acción del verdadero heredero para recobrar la cosa legada procede contra el legatario y no contra el otro heredero, á no ser que éste haya hecho con dolo la partición. (Art. 3.620.)

Con estos tres artículos termina el Código de Méjico el título dedicado á mandas y legados.

***

DE LOS ALBACEAS.

I. *Facultad de nombrar albaceas.* — Según la ley mejicana, sólo cuando no haya herederos forzosos puede el testador nombrar libremente uno ó varios albaceas (art. 3.678); en otro caso, es decir, existiendo aquellos herederos, habrá de escoger entre ellos al testamentario, permitiéndosele por excepción el nombramiento de un extraño como ejecutor especial para objeto determinado (art. 3.676). Dispónese, por último, que si el testador no nombra albacea, le nombrarán en todo caso los herederos, eligiéndole de entre ellos mismos por mayoría de votos (art. 3.679), mayoría que habrá de calcularse, no por el número de personas, sino por el importe de los créditos, á no ser que el mayor de estos corresponda á una sola (art. 3.680), haciendo el Juez el nombramiento si no se consiguiera dicha mayoría (art. 3.682).

A simple vista se observa cómo la institución del albaceazgo carece en Méjico de la vida amplia que en España, y sólo existe en el caso de no tener el testador herederos forzosos. En los demás casos, son los herederos, por disposición de la ley, los ejecutores del testamento, sin que la libertad del testador alcance á otra cosa que á designar á un extraño para darle un determinado encargo: desaparece, pues, con tal criterio aquella semejanza que la comisión que el albacea recibe del causante tiene con la de todo mandato. En nuestro derecho, ambas instituciones parecen modalidades de un mismo contrato, y como su peculiar condición debe ser la confianza del que da un encargo hacia la persona que lo recibe, de aquí que se reconozca al testador libertad sin límite para poder designar á quien, unido á él por parentesco ó amistad, merezca su confianza para el cumplimiento de su voluntad; en el derecho mejicano presupónese que el parentesco por sí mismo es prenda bastante á rechazar todo recelo, y en tal concepto impone al testador que deje la ejecución de su voluntad al cuidado de sus herederos forzosos.

II. *Capacidad para el albaceazgo.*—El art. 3.685 del Código mejicano estatuye que no tienen capacidad para ser albaceas, en los casos de herencia voluntaria: los menores y demás incapacitados, los magistrados y jueces que tengan jurisdicción en el lugar donde se abra la sucesión y los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albacea.

III. *Clases de albaceas.*—Nuestro Código se ha inspirado, al redactar los artículos 894, 895, 896 y 897 que las determinan, en los correlativos del mejicano, por lo que es ocioso decir que hay entre ambos perfecta concordancia en este punto. Son, pues, sus artículos 3.690 al 3.694 patrón de aquéllos, por lo cual omitimos su inserción, haciendo constar que estos preceptos rigen en Méjico en los casos en que es libre la elección del albacea, supuesto necesario en todas las equivalencias que existen con nuestro Derecho en esta materia.

IV. *Caracteres del cargo.*—Es en Méjico, como en España, voluntaria su aceptación; nuestro art. 898, que consigna esa facultad, es refundición de los 3.695 y 3.697 del Código que estudiamos.

El cargo de albacea no es en Méjico, como en España, gratuíto; por el contrario, designa su Código la participación que ha de corresponderle en defecto de la que señalare el testador, y desenvolviendo el principio, establece lo siguiente:

* El testador puede señalar al albacea la retribución que quiera, no excediendo de su parte disponible. (Art. 3.734.)

* Si el testador no designare la retribución, el albacea cobrará el *2 por 100* sobre el importe líquido y efectivo de la herencia. Si él mismo hiciere la partición, cobrará además los derechos de arancel. (Art. 3.735.)

* El heredero albacea que ha sido mejorado en la parte sponible, ó á quien se ha asignado algún legado por razón su cargo, no tiene derecho á cobrar otra retribución. rtículo 3.734.)

* Si fuesen varios y mancomunados los albaceas, la retribución se repartirá entre todos ellos; si no fuesen mancomunados, la repartición se hará en proporción al tiempo que cada uno haya administrado y al trabajo que hubiere tenido en la administración. (Art. 3.737.)

* Cualquiera diferencia que sobre lo dispuesto en el artículo anterior se suscitare, se decidirá en juicio verbal. (Artículo 3.738.)

Por último, el Derecho mejicano, al igual que el nuestro, entiende que el cargo de albacea es indelegable, mas admite que por excepción pueda delegarse en virtud de poder solemne. (Art. 3.699.)

V. *Aceptación y renuncia del cargo y sus efectos.*—El plazo marcado para que el albacea se excuse del cargo es el mismo en el Derecho español que en el mejicano; el artículo 898 del primero es copia casi literal del 3.697 del último, diferenciándose únicamente en que aquél determina que, de no utilizar el término, se entenderá aceptado el cargo, mientras el de Méjico se limita á decir que «el albacea que pretenda excusarse deberá hacerlo dentro de los seis días siguientes á aquel en que tuvo noticia de su nombramiento, ó si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes á aquel en que tuvo noticia de la muerte del testador». Como se ve, la computación del término es idéntica en ambos Códigos.

No tiene, en cambio, concordancia en nuestro derecho la disposición del art. 3.698 del de Méjico, que obliga al albacea que estuviese presente mientras se decide su excusa, á desempeñar el cargo, bajo la pena de perder lo que le hubiera dejado el testador, y pagar además los daños y perjuicios.

El efecto de la aceptación del cargo es el mismo en los dos Códigos: determina la obligación de su desempeño (artículo 899 del español y 3.695 del mejicano), y del mismo modo establecen ambos que «cuando el albacea no acepte el cargo ó lo renuncie sin justa causa, perderá lo que el testa-

dor le dejara en el testamento, salvo su derecho á la legítima si lo tuviere». (Artículos 900 y 3.696 respectivamente.)

La renuncia del cargo es causa de que los herederos ejecuten la voluntad del causante, según nuestro derecho; en Méjico deberán los herederos, cuando el albacea nombrado faltase, sea por la causa que fuere, nombrar otro por mayoría de votos, á tenor de su art. 3.683. Esta mayoría de votos se calculará por el importe de los créditos y no por el número de las personas, á no ser que el mayor crédito corresponda á una sola (art. 3.680), debiendo recaer el nombramiento precisamente en cualquiera de los herederos ó su legítimo representante (art. 3.681), correspondiendo hacerlo al Juez si no hubiere mayoría de votos. (Art. 3.682.)

VI. *Facultades de los albaceas.*—Aparte de las que el testador les confiriera expresamente, cuyo precepto consignan ambos Códigos (artículos 901 del español y 3.705 del mejicano), tienen los albaceas, según este último, las siguientes:

1.ª Presentar el testamento, si lo tuviese en su poder, dentro de los ocho días siguientes á la muerte del testador.

2.ª Asegurar los bienes de la herencia.

3.ª Formar inventario.

4.ª Administrar los bienes y rendir cuenta del albaceazgo.

5.ª Pagar las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.

6.ª Partir y adjudicar los bienes entre los herederos y legatarios.

7.ª Defender en juicio y fuera de él tanto la herencia como la validez del testamento. (Artículos 3.707 y 3.708.)

Es más detallista en este punto el Código de Méjico, en cuanto especifica cada una de las facultades del albacea, ntualizando, en lo posible, su ejercicio. El Código civil trio las determina empleando fórmulas amplias que rechan aquel minucioso rigorismo.

Inspírase nuestro art. 903 en el 3.720 del de Méjico; mas

pronto se observa que, al ser transcrito su precepto, se ha modificado algún tanto la limitación que el último impone á los albaceas; dice, en efecto, que si para el pago de alguna deuda ú otro gasto urgente, fuere necesario vender algunos bienes, deberá hacerlo el albacea de acuerdo con los herederos, y si esto no fuere posible, con la autorización judicial, mientras nuestro Código sólo exige la intervención de aquéllos tratándose de bienes inmuebles.

Por último, el Código de Méjico consigna en sus artículos 3.722, 3.723, 3.724 y 3.725 ciertas prohibiciones con relación á los albaceas: así, no podrán dar en arrendamiento los bienes de la herencia, ni gravarlos ni hipotecarlos, sino con consentimiento de los herederos, ni gravar, hipotecar ó arrendar los bienes legados específicamente sin el del legatario, ni transigir ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia sin el de los interesados en ella.

VII. *Obligaciones del albacea.*—Consecuencia de la voluntariedad del cargo es la obligación de desempeñarlo después de aceptado; ambos Códigos la determinan expresamente: el nuestro en el art. 899 y el de Méjico en el 3.696. Es igualmente deducción del citado desempeño el de rendir cuentas del encargo confiado al albacea, y esta obligación consignase expresamente en el art. 907 del Código español y en el 3.730 del mejicano, según el cual, la cuenta de administración debe ser aprobada por todos los herederos, disposición análoga á la de nuestro Derecho.

Dicho art. 3.730 añade que el que disienta puede seguir á su costa el juicio respectivo contra el albacea, cuyo precepto carece de correlativo en el Código español.

VIII. *Plazo para el albaceazgo.*—Reproducen literalmente los artículos 904, 905 y 906 de nuestro Código las disposiciones del mejicano (artículos 3.727, 3.728 y 3.729); sólo es nuevo en aquél el segundo párrafo del 905. La igualdad de dichos preceptos nos releva de mayor estudio.

IX. *Término del albaceazgo.*—Termina en Méjico por

las mismas causas que en España, que son: cumplimiento del encargo, muerte, incapacidad, excusa ó remoción del albacea y lapso del término fijado por el testador ó por la ley. (Artículo 3.749.)

*
* *

El Código de Méjico desenvuelve, juntamente con la institución del albaceazgo, otra desconocida en España: la del *interventor de la testamentaría;* he aquí sucintamente las disposiciones que regulan el ejercicio de dicho cargo:

El interventor *puede* ser nombrado libremente por el testador (art. 3.740), por los herederos que no administren (artículo 3.741) y por el Juez, si éstos no se pusiesen de acuerdo en la elección. (Art. 3.742.)

Deberá nombrarse un interventor, cuando entre los herederos haya alguna mujer casada, menor de edad ó cuyo marido hubiese sido separado judicialmente de ella ó de la administración de los bienes; cuando el heredero esté ausente ó no sea conocido; cuando la cuantía de los legados iguale ó exceda á la porción del heredero albacea, y cuando se hayan dejado legados, cualquiera que sea su cuantía, para objetos ó Establecimientos de Beneficencia pública. (Artículo 3.744.)

Las funciones del cargo de interventor se limitarán á vigilar el exacto cumplimiento del albaceazgo, debiendo asociarse siempre á la persona cuyos intereses crea perjudicados, en cuyo nombre y con su consentimiento expreso, practicará cualquiera gestión judicial ó extrajudicial (art. 3.745); tiene además derecho de pedir copia íntegra del testamento (artículo 3.746), pero no puede tener la posesión de los bienes ni aun interina. (Art. 3.743.)

Su *capacidad* es la de los albaceas; su cargo, como el de tos, *voluntario;* y, finalmente, termina por las mismas causas.

No hacemos mención del *interventor judicial*, porque en

realidad se trata de un mero depositario de los bienes de la herencia, á tenor del art. 3.712; nómbrase, mientras se presentan los interesados, no tiene función alguna administrativa y cesa en el cargo en cuanto se haya designado albacea. Su parecido, pues, con el interventor propiamente dicho sólo está en el nombre, no teniendo nada de común el origen, atribuciones y finalidad de dichos cargos.

CÓDIGO CIVIL

LIBRO TERCERO

TÍTULO III

De las sucesiones.

SECCIÓN DÉCIMA

De las mandas y legados.

La presente Sección décima es una de las que forman el *capítulo II*, que trata «*De la herencia*», el cual, á su vez, constituye parte del *título III*, libro también tercero del Código, denominado «*De las sucesiones*».

Esta Sección décima se encabeza diciendo: «*De las mandas y legados.*» ¿Quiérese dar quizá á entender que no son sinónimos estos vocablos? En esa misma forma se emplean éstos en la primera parte del art. 858, inicial de dicha Sección, y aun en la *Base 15* de las que sirvieron para redactar el Código. Por tanto, parece que no debió haberse cometido un error tipográfico, que es lo primero que nosotros hubimos de presumir al vernos sorprendidos por esas dos palabras enlazadas bajo la copulativa *y*.

El tratadista Sr. Viso afirma que entre nosotros, legado es lo mismo que manda; igual idea expresan los autores Sres. Laserna en su *Curso histórico-exegético del Derecho romano* y en su *Derecho civil, mercantil y penal*, Alcalde Prieto *(Curso teórico práctico-sinóptico-bibliográfico de Derecho civil español, común y foral)*, y Diestе y Jiménez *(Diccionario del Derecho civil aragonés)*; así parece darlo á entender igualmente el Sr. Alcubilla en su *Diccionario de la Administración española*. El Código del Uruguay denomina el *capítulo VI, título III, libro tercero*, «Las mandas *ó* legados.» Las demás legislaciones extranjeras que hemos consultado no mencionan para nada el término *«mandas»*; y, en fin, todos los autores que estudiamos convienen en la expresada opinión.

Escriche, en su *Diccionario razonado de Jurisprudencia y Legislación*, define la manda diciendo que es la oferta que hace alguno á otro de darle alguna cosa, y especialmente la donación que una persona deja á otra en su testamento ó codicilo, ya sea con palabras directas, en cuyo caso se llama legado, ya sea con palabras oblicuas, en cuyo caso se llama fideicomiso. Pero al tratar del significado de la palabra *«legado»* expresa el referido tratadista que aquella que entre nosotros *es igual á la de manda*, designaba antiguamente todas las especies de disposiciones testamentarias.

Invocamos esos tan respetables testimonios de autoridades, cuya valía científica por nadie podrá ser puesta en duda, para no hacer atrevida é infundada la afirmación nuestra de que el epígrafe de la Sección presente es de una incomprensible significación, ó ha sido to-

mado del proyecto de Código civil de 1851, sin que ni el legislador de entonces ni el que elaboró el cuerpo legal que comentamos, hayan parado su atención en el empleo de las voces «*mandas*» y «*legados*», pretendiendo adjudicarles significación distinta cuando han sido y son consideradas como sinónimas; sin que sea posible (al menos así á nosotros nos parece) resolver de otro modo las confusiones y dudas á que se presta el citado epígrafe en la forma como aparece expresado en distintos lugares del Código. Porque si por él se da á entender que las mandas son cosa diferente de los legados, en la presente sección se trataría de esa otra nueva institución ú orden diverso de ideas á que parece aludirse; y ni un solo artículo de los que componen dicha Sección se ocupa de otra cosa que de legados.

Si en las mandas pudieran comprenderse los fideicomisos y los legados, como se hace en el *título II de la Partida 6.ª*, y como hemos visto que opinaba Escriche, en esta parte del Código se examinaría la materia fideicomisaria, y no en la Sección tercera, titulada «*De la sustitución*».

Estimamos, por tanto, que debe conceptuarse indiferente el epígrafe de la Sección décima, no habiendo de preocuparnos para nada en nuestras ulteriores indagaciones. El Código usa los dos vocablos «*manda*» y «*legado*» para evitar que se pudiera creer en otro caso en una omisión, empleando la palabra *manda* bajo la influencia histórica, tomándola de las Partidas, donde constaba en vez y con igual valor que la de *legado*.

El legado no se encuentra definido en esta parte del Código; pero esto debe obedecer á que se ha creído su-

ficiente la definición que del legatario se dió en el artículo 660 (*«aquel que sucede á título particular»*).

Ya manifestamos en el comentario de dicho artículo lo insuficientemente que quedaba expresada la idea del legislador al establecer la diferenciación de los conceptos *«heredero»* y *«legatario,»* diciendo del primero que sucede á título universal y del segundo á título particular. Estas ideas más bien indican los efectos legales del nombramiento á favor de una persona, ya sea de heredero, ó ya de legatario. Cuando ni uno ni otro de estos nombres aparecen empleados en una disposición de última voluntad, el señalamiento de esas categorías no podrá hacerse con vista exclusivamente de las disposiciones del art. 660, sino indagando y descubriendo antes la intención del testador, para saber á quién quiso éste hacer causahabiente suyo en todo lo que fuesen derechos y obligaciones, y á quién simplemente le otorgó una merced, sin otro alcance jurídico que el que ésta y los gravámenes á ella anexos, en su caso, consienten.

Hoy ya no es requisito preciso el hacer la institución de heredero y la de legado con fórmulas sacramentales, fuera de las cuales no sea admisible y eficaz otra expresión de la voluntad del testador. Esta es la que únicamente rige y ha de mostrarse como inviolable por encima de sutilezas y de formalismos, ya hace mucho tiempo caídos en desuso.

Valiéndonos de expresiones del mismo Código, que siempre contribuirán mejor á poner de relieve el espíritu del legislador, bien podemos afirmar que el legatario no sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones, como del heredero dice el art. 661. Exami-

nado un testamento y averiguado por el mismo á quién quiso el otorgante investir con el carácter de legatario, cabrá aplicar la conclusión jurídica que establece el párrafo segundo del artículo inicial de la presente Sección y afirmar que el legatario no estará obligado á responder del gravamen que pueda imponerle el testador sino hasta donde alcance el valor del legado. En cambio, aceptada la herencia, sin hacerse uso del beneficio de inventario (art. 1.003), quedará el heredero responsable de todas las cargas, no sólo con los bienes de la sucesión, sino también con los suyos propios.

Repugna, pues, á la naturaleza del legado—el cual, como diremos después, nunca estará mejor definido que llamándolo *«especie de donación»*—el que el legatario pudiera tener necesidad de invocar en su auxilio el beneficio de inventario, ni de comprometerse á más que á aquello á que alcance la cuantía de lo donado, aun verificando su aceptación pura y simplemente.

La dificultad, de todos modos, queda en pie si no conseguimos desentrañar el verdadero alcance de las expresiones *«á título universal»* y *«á título particular»*, que no explica el Código. El de Chile, en su art. 951, dice que el título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, ó en una cuota de ellos, como la mitad, tercio y quinto, y el título es singular cuando se sucede en una ó más especies ó cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa, ó en una ó más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, 600 pesos ciertos, 40 fanegas de trigo. El Código austriaco (artículo 532) expresa que el derecho exclusivo de tomar

posesión del *as hereditario* por entero ó de una parte del mismo, determinada con relación al todo (por ejemplo, de la mitad de un tercio), se llama derecho de herencia, y el que lo ejercita heredero. Estos mismos conceptos expresa en forma análoga el Código portugués.

¿Podremos aceptar tales ideas como aclaración la más razonable y ventajosa de los referidos conceptos del Código español, hasta el punto de que, como consecuencia lógica, sirvan de definición de los términos *«heredero»* y *«legatario»*? Entendemos que no hay en ello inconveniente alguno; y si algún resto de duda pudiera quedar, lo desvanecería radicalmente el artículo 768 del Código patrio, según el cual, el heredero instituído en *una cosa cierta y determinada* será considerado como legatario. Y, por tanto, si ha de ser legatario aun aquel á quien llamó el testador su heredero para sucederle en una cosa cierta y determinada, claro y natural es que todo partícipe testamentario á quien se le haya adjudicado porción hereditaria que no sea cosa cierta y determinada, representa, por el criterio de exclusión á que antes nos hemos referido, un heredero.

Mas si el testador, refiriéndose al legatario, dijese que quería fuera tal, por ejemplo, su criado Juan, á quien le *legaba* la sexta parte de su herencia, ¿regiría por analogía la mencionada disposición relativa al heredero instituído en una cosa cierta y determinada, y en su consecuencia, podría legalmente tenerse á dicho legatario por heredero? Opinamos negativamente.

No ha de perderse de vista que las consideraciones

expuestas con anterioridad, según lo hemos dado á entender, son de exacta aplicación tratándose de testamentos en que el testador no adjudica por modo expreso la condición de heredero ó la de legatario á las personas favorecidas con diversas participaciones hereditarias, ó no las diversifica debidamente, siendo preciso, por tanto, acudir á las reglas de interpretación de las últimas voluntades, y supliendo el silencio de dicho testador con declaraciones fundadas en la lógica de los hechos y en frases ó conceptos escritos en el documento testamentario, que traduzcan el pensamiento de quien las ha empleado.

Mas si el testador, sin vulnerar principio esencial jurídico alguno, otorgó la cualidad de legatario á persona que, á falta de declaración preferente, el Derecho considera como heredero, y la llama á disfrutar, también á título singular, de una tercera, sexta, etc., parte de la herencia, procede respetar tal voluntad, y no imponer á esa persona otros derechos y obligaciones que los que jurídicamente atribuye la condición de legatario. El Código civil, que bien pudo haber dicho respecto al legatario lo que tiene estatuído del heredero de cosa cierta y determinada, nada ha dispuesto; lo cual parece envolver una omisión intencionada.

Así se explica el que en la ley de *Enjuiciamiento civil* se tenga por legatario á aquel que es favorecido con una parte alícuota de la herencia, pues de él se dice en el *núm. 3.° del art. 1.038* que tendrá también derecho á promover el juicio de testamentaría, equiparándolo, para esos efectos, al heredero.

No es, pues, como advierte algún autor, por razón e la mayor ó menor cuota hereditaria por lo que debe

distinguirse el legatario del heredero. Testamento puede darse en el que se distribuya todo el caudal relicto ó la mayor parte de él entre legatarios, ó que se adjudique á uno solo, y del resto se diga qué ha de corresponder á Fulano de Tal, que por esta razón será el verdadero representante jurídico del difunto, su heredero; lo cual ocurrirá más fácilmente cuando no existan herederos forzosos ó cuando la cuota que á éstos ha de reservarse sea de pequeña cuantía con relación al haber partible.

El heredero forzoso siempre será heredero, aunque el testador le otorgue otro nombre. Dice á este propósito la *Sentencia* de *29 de Mayo de 1875* que nunca podrá reputarse legatario al hijo que ha sido instituído heredero.

Lo cual no quita para que un heredero sea al mismo tiempo legatario en aquella porción de la herencia que no constituya legítima, y entonces ostentará dos categorías jurídicas perfectamente independientes y deslindables. Por esto, la definición que del legatario ofrece el art. 866 del Código de Guatemala (persona á quien se da algo por testamento, sin instituirle heredero), ha de entenderse en el sentido de que, pudiendo recaer las dos cualidades de heredero y legatario en una misma persona, sin embargo, no pueden refluir sobre una misma cosa ó porción de la herencia de que se trate.

Bajo tales supuestos, podemos admitir como doctrina ortodoxa, dentro de nuestro Código español, la que comprende el art. 3.368 del Código mejicano al disponer que si el testador distribuye parte de sus bienes en legados, sin disponer del resto, es representante

del difunto el heredero legítimo; porque ya el párrafo 2.°, art. 764 del primero de dichos Cuerpos legales (Código patrio), estatuye que en ese caso se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos; consecuencia ésta muy explicable, dada la radical derogación, anterior ya á la vigencia del Código, de la famosa máxima *«nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.»*

En cambio, no podremos hacer compatible con nuestro Derecho civil positivo la disposición del citado Código de Méjico, en su art. 3.369, al preceptuar que cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios serán considerados como herederos, y bajo ese carácter serán representantes del difunto, porque para los españoles rige el principio sentado en el artículo 891 de su Código, según el cual, si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios á proporción de sus cuotas, á no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Y esas ideas de la Compilación mejicana y de la nuestra no son idénticas, ya que en la primera se atribuye, dentro del supuesto establecido, á cada legatario el carácter de heredero, y la segunda se limita á disponer de cargo de quién han de correr las deudas y gravámenes hereditarios, sin sentar ningún otro principio de Derecho. Verdad es que en la legislación de Méjico no se conoce el beneficio de inventario ni se aditen las consecuencias legales que entre nosotros produce, aunque en ella se trate, para otros efectos, de la peración de inventario; porque el art. 3.503 de su

Código civil dispone que el heredero no responde de las deudas, de los legados, ni de las demás cargas hereditarias y testamentarias, sino hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda; añadiendo el artículo 3.967 que la aceptación en ningún caso trae consigo la confusión de los bienes del autor de la herencia y de los del heredero. Es preciso tener en cuenta que no ha de considerarse simplemente el heredero como el llamado á pagar los legados y demás cargas hereditarias; significa ante todo la representación jurídica, completa, del difunto; es siempre el representante de la herencia, y eso es lo que no atribuye á los legatarios el Código español, en el caso sobre que venimos discurriendo, como lo hace el de Méjico, al llamarlos herederos, y en tal sentido, representantes del testador.

Sin embargo de lo dicho, el mismo autor de nuestro Código comprende que puede haber duda al distinguir en un testamento la cualidad de heredero de la de legatario, porque en la segunda parte del art. 668 se dispone que, en la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra *«heredero»*, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia.

Es curioso el sistema adoptado por el Código francés para clasificar las disposiciones testamentarias, llamándolas universales, hechas á título universal y á título singular. Reputa legado universal á la disposición testamentaria por la cual el testador da á una ó muchas personas la universalidad de los bienes que deja á su fallecimiento; legado á título universal aquel por el cual el testador lega cierta parte de los bienes de que le permite disponer la ley, tal como una mitad,

un tercio, ó todos sus inmuebles, ó todos sus muebles, ó una porción fija de todos sus bienes inmuebles, ó de todos los muebles; y legado particular al que no está comprendido en las categorías expuestas. A estas disposiciones testamentarias, use el testador de la palabra heredero ó de la de legado, se reducen, según el legislador francés, las que pueden hacerse en un testamento, regulándose cada una por los preceptos que en su respectiva Sección se contienen. Al heredero á quien por la ley se reserva una determinada parte de la herencia, no lo conceptúa dicho legislador incluído en esas categorías, porque da á entender que no le hace el testador merced alguna, sino que es la ley quien le otorga la cualidad de partícipe hereditario, con independencia de la voluntad de aquél, la cual, por tanto, es la única que ordena las disposiciones testamentarias en una de las formas expresadas.

Ese concepto del legado guarda una evidente analogía con el mantenido por los jurisconsultos romanos, quienes al enunciarlo se apoyaban en textos del mismo Derecho positivo. En efecto: decían que, teniendo la declaración de última voluntad hecha por una persona *sui iuris* el carácter de una verdadera ley, el testamento venía á ser un *Codex,* y por tanto *leges,* las distintas cláusulas del mismo, en que su autor exteriorizaba su pensamiento; de ahí el texto famoso y tan repetido *upater familias uti* LEGASSIT *super pecunia, etc.*» *Legare*, pues, era ordenar un testamento, y *legato* lo que en éste se contenía, de cualquiera naturaleza que fuera.

Decíamos anteriormente que ninguna característica ó nota diferencial convenía mejor al legado que la

de ser «una especie de donación»; «*donatio quoedan a defuncto relicta*». Y nada, en efecto, que mejor pueda representar su concepto, como ya hemos expuesto, que la idea de donación, la cual aparece definida en el Código como acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otro que la acepta. Nosotros apenas percibimos las diferencias que separan á una y otra institución jurídica; y el mismo Código declara que las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante *participan de la naturaleza de las disposiciones testamentarias*, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria (art. 620). La donación es cierto que no se perfecciona hasta que el donante conoce la aceptación del donatario; pero asimismo resulta indudable que en la voluntad del legatario está el aceptar ó no el legado, y sólo por virtud del hecho de la aceptación podrá obligársele al cumplimiento de los gravámenes y condiciones que le impuso el testador.

En vista de las ideas que llevamos expuestas, ya podremos con mayores datos y fundamentos formular una exacta definición del legado, el cual, como advierten los autores, admite las dos acepciones de facultad en el testador de transmitir parte de su herencia á título singular, y de cantidad ó cosa legada. Mas en una verdadera definición sintética creemos que pueden incluirse esos dos aspectos, diciendo que: Legado es una especie de donación que el testador hace de cosa determinada ó indeterminada de la herencia en favor de cierta persona ó personas, las cuales no responden de otros gravámenes y obligaciones que los que sean

consecuencia de tal donación, sin que puedan exceder del valor de la misma.

La institución del legado, unida á la herencia voluntaria (institución universal), representa por excelencia, en términos generales y dentro del organismo testamentario que entre nosotros se halla en vigor, la verdadera facultad de testar del hombre, pues realmente, y según ya dijimos, el que transmite la porción legítima á las personas que el Derecho positivo tiene ya designadas de antemano como herederos forzosos, no dispone de su fortuna en esa parte, sino que es la ley quien lo hace, limitándose el verdadero propietario á acatar, á subordinarse á la voluntad previa del legislador, transigiendo forzosamente con lo que éste ha dispuesto. Esa porción legítima es porción reservada por el Derecho, á la que el testador no puede tocar, sin exponerse á que en su día se declare nula *ipso iure* tal extralimitación de facultades. La porción libre, de que el testador puede disponer para después de su muerte, supone en su dueño la verdadera libertad de testar, la facultad amplia y omnímoda del testador de satisfacer los impulsos de su corazón y los deseos que las necesidades de personas verdaderamente acreedoras á esa clase de mercedes le hacen sentir y que nadie mejor que él puede comprender y regular.

Es cierto que la mejora significa también en el testador facultad de disposición libre, de elección entre sus hijos y descendientes que juzga dignos de recompensa mayor que otros; pero esa misma facultad está tasada y circunscrita por la ley, no sólo con relación á las personas de los mejorados, sino también á la cuantía de lo que el testador puede ceder, que ha de ser siem-

pre, como ya sabemos, una cuota de la misma porción legítima, por lo que algunos distinguen y hablan de legítimas estricta y legítima lata.

La contraposición de que venimos hablando, claro es que se realiza solamente en aquella clase de sucesiones en que existen herederos forzosos. En las que puede prescindirse de la porción llamada legítima, la institución de herencia en sentido estricto y la del legado supondrán, por igual, la facultad en el testador de libre y absoluta disposición; y en este caso, ya no es necesaria esa especia de válvula de desahogo de las justas aspiraciones del propietario, que pretende hacer una justa y conveniente distribución de su fortuna para después de su muerte; que es lo que, valga la metáfora, significa la facultad de legar, al lado de la institución de las legítimas.

* * *

Los antecedentes históricos del legado, muy poco hacen variar el concepto que de él hemos expuesto. Antiguamente, como dice Justiniano en el § 2.°, *tít. XX del libro 2.°* de sus *Instituciones*, había cuatro clases de legados: *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo* y *per praeceptionem*. Las fórmulas del primero, según manifiestan los expositores del Derecho romano, eran las de *do*, *lego*, *sumito*, *capito* (y otras á que se refieren las *Instituciones de Gaio)*; consistiendo tal manera de legar en que al legatario se le otorgaba el dominio y la reivindicación de la cosa legada tan pronto como ocurriera la muerte del testador, autorizándosele para que pudiera *vindicarla*, reclamarla del

heredero ó de quien la poseyera, por virtud de una verdadera acción real; por lo cual sólo las cosas que estaban en el dominio quiritario de dicho testador podían dejarse, según tal manera de legar.

El legado *per damnationem* (*heres meus dare damnas esto o dato*) equivale al que en la actualidad todas las legislaciones acogen como tipo normal de las instituciones testamentarias á título singular, por lo que hace relación á la persona encargada de cumplir en ese extremo la voluntad del testador; ó sea, aquel en que se imponía al heredero la obligación de pagar al legatario el objeto ú objetos legados; pudiendo, por consiguiente, legarse en esta forma, tanto las cosas propias del testador, como las ajenas y aun las futuras. A este efecto, el legatario contaba en su favor con la acción personal *ex testamento*, por virtud de la cual reclamaba del heredero el cumplimiento de lo ordenado en la disposición testamentaria, á fin de que le fueran entregadas las cosas legadas.

El legado *per praeceptionem* era el que el testador dejaba á uno ó más de sus herederos, permitiéndoles que se reservasen para sí un objeto particular de la herencia; se denominaba también *prelegado*, y el heredero ó herederos favorecidos con él podían anticiparse á hacer dicha reserva antes de que se realizara la partición hereditaria. Según Gayo, la forma de esta clase de legado era la de «*Titius hominem Stichum praecipito*»; «que Ticio separe para sí el esclavo Estico».

El legado *sinendi modo*, ó á modo de permiso (*heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere*), imponía al heredero la obligación de permitir al legatario tomar lo legado; en esta

especie de disposición, la propiedad de la cosa legada no pasaba al legatario por virtud de la muerte del testador, ni aun de la adición de la herencia; y el heredero únicamente quedaba obligado para con dicho legatario por una acción personal.

Como se ve por los ligeros conceptos expresados, nada fundamental separaba unas y otras modalidades de legar; si alguna diferencia argüían, era por razón de las diversas acciones precisas para reclamar la entrega de lo legado; y á esto ya se anticipó Justiniano, en el citado párrafo de sus *Instituciones*, al manifestar que, en virtud de un detenido examen, con el objeto de consultar mejor la voluntad de los que mueren, atendiéndose más á sus palabras que á su intención, consideraba de una sola naturaleza todas las distintas clases de legados, cualesquiera que fuesen las palabras con que se dejaran, pudiendo los legatarios reclamarlos, no sólo mediante acciones personales, sino también reales é hipotecarias,

Además de decretar Justiniano esta radical equiparación, como él mismo dice, y observando que los legados habían sido encerrados antiguamente en límites muy estrechos, y que tenían mayor latitud los fideicomisos, por atenderse más principalmente en ellos á la voluntad de los testadores, creyó conveniente igualarlos, de modo que no hubiera diferencia entre unos y otros, «y que lo que falta á los legados se supla de los fideicomisos, y si los primeros tienen alguna cosa de más, se comunique también á los segundos».

De suerte que sobre el concepto y caracteres fundamentales del legado, puede decirse que no hallamos contradicción ni divergencia alguna en su historia ju-

rídica. Fué en la antigüedad especie de donación dejada siempre en una disposición testamentaria, y lo propio continúa significando hoy, después del transcurso de tan diversas legislaciones y del imperio de criterios, quizá opuestos, desde la época de la preponderancia material é intelectual del pueblo romano hasta nuestros días. Porque ni las *Partidas* ni los Códigos que las precedieron y subsiguieron han innovado, ni siquiera atenuado en lo más mínimo, la doctrina romana; hasta el punto de que la *ley 1.ª, tít. IX, Partida 6.ª*, define la manda en casi iguales términos á los que empleaban las Instituciones justiniáneas: «*Manera de donación que dexa el testador en su testamento ó en cobdicillo, á alguno por amor de Dios, ó de su ánima, ó por fazer algo aquel á quien dexa la manda.*»

La existencia, aun en modernos tiempos, de cierta clase de *legados forzosos*, admitidos muchos por motivos meramente transitorios, y algunos por circunstancias de localidad, tampoco supone una variación en el concepto expuesto de la institución legataria. Si acaso, podrá argüir un diverso criterio de la facultad de testar, al imponer como obligatorias disposiciones que de la libertad y conciencia del testador únicamente deben dimanar. Donación hecha en testamento ó en codicilo, es lo mismo un legado voluntario como uno forzoso.

A título de curiosidad histórica, sin embargo, daremos cuenta de esas *mandas obligatorias*, que principios filosófico-jurídicos más razonables han hecho ya aducar por completo. Según el *párrafo 6.º de la ley 7.ª, título III, libro X de la Novísima Recopilación*, entre las mandas forzosas de los testamentos había de consig-

narse la destinada á casar mujeres huérfanas y pobres, «siendo *obligación el dejar alguna cosa para esto.*»

Por *Decreto de las Cortes de 3 de Mayo de 1811* fué impuesta otra manda para el socorro de los prisioneros, sus familias, viudas y demás personas que hubiesen padecido en la guerra de la Independencia; habiendo de consignarse en todos los testamentos que se otorgasen en los dominios de la Monarquía española una cláusula de manda forzosa, de doce reales vellón, en las provincias de la Península é islas adyacentes, y tres pesos en las de América y Asia; satisfaciéndose del mismo modo en las sucesiones intestadas, y formándo se con sus productos un fondo para socorrer á los expresados individuos y á sus familias. Por *Real orden de 8 de Agosto de 1825* se aplicaron tales beneficios á los que prestaron algún servicio á la causa del absolutismo.

Las *Reales órdenes de 11 de Diciembre de 1750 y 17 de Octubre de 1751* crearon otras mandas forzosas para la conservación de los Santos Lugares de Jerusalén y Tierra Santa y redención de cautivos, debiendo legarse *treinta y seis maravedís* ó lo más que se quisiere.

Si el testamento se ordenaba en la Corte ó en algún lugar de los comprendidos en ocho leguas de su contorno, debía acordarse el testador de los hospitales reales de ella, legándoles, á lo menos, *cuarenta y ocho maravedís* para la curación de los pobres enfermos, sin cuyo requisito no podía autorizar el Escribano los testamentos de los seculares: De lo contrario se le haría cargo en la visita. Si el testador era eclesiástico, cumplía el Escribano con recordarle que ejercitase dicha caridad para no incurrir en pena, dando fe de ello.

En Navarra, la ley hace que el Notario ó el párroco

ó clérigo recuerde al testador si quiere dejar algo al Hospital general de Pamplona ó al del pueblo en que ordenase su voluntad, siendo árbitro de legar ó no al Hospital.

En Valencia también se conocían los legados obligatorios en favor del Hospital general de la ciudad, del Hospicio de la Casa de Misericordia y del Colegio de Huérfanos de San Vicente.

Unas y otras mandas, como ya dijimos, fueron extinguidas, según lo da á entender la *ley de 23 de Mayo de 1845*, disponiéndose en la *Real orden de 22 de Julio de 1855* que los recaudadores nombrados ó que se nombren al efecto, recojan lo que por atrasos hasta dicha época pertenezca á este objeto, y lo que desde entonces y en lo sucesivo se destine á él por los testadores como legado voluntario, con el fin de que unas y otras cantidades se dediquen siempre á su debido destino.

Los legados, por consiguiente, que habremos de examinar en esta obra son los voluntarios, ó sea los únicos que pueden admitirse en sanos principios científicos.

***

Tales legados pueden ser de tantas clases cuantas sean las cosas ó diversidad de hechos sobre que haya de recaer lícitamente la liberalidad del donante, ó testador. El Código admite varios tipos de mandas, siguiendo la tradición hasta ahora respetada en nuestro Derecho civil sobre la materia. Regula en el articulado de la presente sección los legados de cosa ajena, de cosa propia del heredero ó del legatario, de

cosa empeñada ó hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, de cosa sujeta á usufructo, de crédito contra un tercero, de perdón ó liberación de una deuda del legatario, el genérico de perdón ó liberación de deudas, los alternativos, el genérico de cosa mueble, el de cosa inmueble no determinada, el de educación, el de alimentos, el de pensión periódica ó de cierta cantidad anual, mensual ó semanal, el de cosa específica y determinada y propia del testador, el genérico de cantidad, y, por último, los puros y los condicionales. Hay, pues, como se ve, variedad de tipos jurídicos, los cuales se citan y regulan individualmente, porque todos contienen alguna especialidad, de que precisa hacerse cargo el legislador, para que la solución jurídica apropiada á cada forma de legar evite dudas y vacilaciones en la interpretación; previniéndose también con la mayor aproximación posible los más frecuentes casos que la realidad ofrece. Con lo cual no se quiere indicar que dejarán de presentarse otros muchos más, aunque éstos habrán de regirse, sin inconveniente alguno, por las disposiciones expresamente establecidas para los primeros y por las generales en materia de legados.

Obsérvase en esta parte del Código civil la falta de multitud de prescripciones generales que, ó bien se hallan esparcidas por otros capítulos del citado Código, ó forman ellas solas sección distinta.

No toda la doctrina de legados se halla contenida en este lugar. Pero deseando nosotros exponerla con toda su extensión, y no encontrando para ello ocasión más adecuada que la que ahora se nos presenta para recordar, por lo menos, enseñanzas que no convienen

en especial á cada uno de los preceptos, cuyo comentario aislado expondremos á continuación, sino que á todos por igual interesan y hacen referencia, limitarémonos siquiera á traer á colación aquellos problemas legales que preceden en el Código y en la realidad del Derecho á la existencia del legado. Para poder legar se requiere capacidad en el sujeto y cosas que hayan de ser legadas. El Código austriaco (§ *5.647)* dice que para la eficacia del legado se requiere que sea concedido en testamento válido á una persona capaz de suceder. Lo primero arguye la testamentificación activa, porque lo mismo se pone en práctica la facultad de testar instituyendo herederos que nombrando legatarios. En un caso, como en el otro, dispone el propietario de sus bienes en consideración exclusivamente á la muerte.

Pueden legar todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe, y lo prohíbe expresamente tratándose de los menores de catorce años de uno y otro sexo y de los que habitual ó accidentalmente se hallasen sin su cabal juicio, habiendo de apreciarse dicha capacidad con relación al estado en que se halle el testador al tiempo de otorgarse el testamento en que el legado se consigne (artículos 662, 663 y 666).

Asimismo podrán ser favorecidos con una manda todos aquellos á quienes con tal objeto no incapacite la ley; estándolo expresamente las criaturas abortivas, ó sean aquellas que no constituyan feto con figura humana y no vivieren veinticuatro horas enteramente desprendidas del seno materno; y las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley. Tampoco podrán obtener legados, por motivos de indignidad, los

padres que abandonaren á sus hijos (testadores) ó prostituyeren á sus hijas (testadoras) ó atentaren á su pudor; los que fueren condenados en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes; los que hubieren acusado al testador de delito al que la ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa; la persona mayor de edad que, sabedora de la muerte violenta del testador, no la hubiere denunciado, dentro de un mes, á la justicia, cuando ésta no hubiere ya procedido de oficio; aunque cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, hay obligación de acusar; los condenados en juicio por adulterio con la mujer del testador; los que, con amenaza, fraude ó violencia, obligaren al testador á hacer testamento ó á cambiarlo; y los que, por iguales medios, impidieren á otro hacer testamento, ó revocar el que tuviere hecho, ó suplantaren, ocultaren ó alteraren otro posterior.

No puede caber duda alguna de que las mencionadas causas son aplicables tanto á la institución de heredero como á los legados, por cuanto los artículos 744 á 762 se ocupan de la capacidad para *suceder* por testamento ó sin él, en general; existiendo además iguales razones para decretar esas causas de incapacidad y de indignidad con relación á los herederos testamentarios y *ab-intestato*, como á los legatarios.

No pueden ser tampoco legatarios: el sacerdote que hubiere confesado al testador en su última enfermedad; los parientes de aquél dentro del cuarto grado; su Iglesia, Cabildo, Comunidad ó Instituto; el tutor de su pupilo cuando aquél no sea ascendiente, descendiente, hermana, hermano ó cónyuge del segundo, antes de ha-

berse aprobado la cuenta definitiva de dicho tutor y aunque el testador muera después de su aprobación; el Notario que autorice el testamento en que se contenga el legado; su esposa, parientes ó afines dentro del mismo cuarto grado, los testigos y personas ante quienes se otorgan los testamentos especiales y el abierto en la misma forma dicha, á no ser que se trate de legados de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

Pueden ser objeto de manda todas aquellas cosas que se encuentran en el comercio de los hombres (entendida aquella palabra en el amplio sentido jurídico con que la emplea el art. 333 del Código al hacerlas materia de apropiación para el objeto del Derecho). Así se desprende del espíritu de las disposiciones que forman el contenido de la presente *Sección décima*, y más concretamente de la única prohibición terminante que respecto al particular contiene el art. 865. En la enumeración que anteriormente hicimos de las diversas clases de mandas que admite hoy nuestro Derecho civil positivo, observamos que, fuera de la expresada limitación, tenía el testador omnímoda libertad para elegir las cosas ó prestaciones jurídicas con que quisiere favorecer á un legatario, pues hasta las cosas ajenas, y aun las mismas de aquél en parte, y sus deudas, podían ser objeto de liberalidad *mortis causa*.

La interpretación de las instituciones legatarias se regirá por los mismos principios que los que ya expusimos con relación á los testamentos en general. De aquí que la expresión de una causa falsa en el nombramiento de legatario será considerada como no escrita, á no ser que del testamento resulte que el testador no

hubiera hecho el legado si hubiera conocido la falsedad de la causa, teniéndose por no escrita la expresión de una causa contraria á derecho. (Art. 767.)

Aplicando, pues, por analogía la doctrina jurídica de los artículos 765 y 769, diremos que los legatarios instituídos en una misma cosa, sin designación de partes, adquirirán el legado por partes iguales, y si el testador nombró á unos individual y á otros colectivamente, como si dijese: "*instituyo por mis legatarios en el prado X, á N y á N, y á los hijos de N*", estos últimos, nombrados en conjunto, se considerarán como si lo hubieran sido individualmente, á no ser que conste de modo claro que otra ha sido la voluntad del testador. De la propia manera, y haciendo igual aplicación de los artículos 770, 771, 772 y 773, si el testador instituye legatarios á sus hermanos, y los tiene carnales y de padre ó madre solamente, se dividirá el legado como en el caso de morir sin testamento; si nombra legataria á una persona y á sus hijos, se entenderán todos favorecidos con la manda, simultánea y no sucesivamente, adquiriendo aquélla por partes iguales cuando no resulte otra cosa en contrario. El testador habrá de designar al legatario por su nombre y apellido, y cuando haya dos que los tengan iguales, deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al nombrado, y aunque omitiera el nombre de dicho legatario, si lo designase de modo que no pueda dudarse quién sea el favorecido, valdrá por eso la institución del legado. El error en el nombre, apellido ó cualidades del legatario, no vicia tampoco aquél cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada; únicamente si entre personas del

mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias, ó éstas fuesen tales que no permitan distinguir al nombrado legatario, ninguno lo será.

De igual suerte, el legado hecho en favor de persona incierta será nulo, á menos que por algún evento pueda resultar cierta; y el legado hecho genéricamente en favor de los parientes del testador, se entiende en favor de los más próximos en grado (artículos 750 y 751).

Siguiendo en las mandas las expuestas reglas de interpretación, no se infringe ninguna exigencia legal ni conveniencia de otro orden, porque tanto en las sucesiones á título singular, como en las á título universal, según así lo da á entender claramente el Código, procede adaptarse al principio de que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador, observándose, en caso de duda, lo que parezca más conforme con dicha voluntad, según el tenor del mismo testamento. Esa tendencia persiguen y del propio criterio parten las máximas transcritas, que, quizá por un olvido muy frecuente en el legislador, dedicó éste á la institución de heredero solamente.

Puede el testador sustituir una ó más personas al legatario ó legatarios instituídos, para el caso en que mueran antes que él ó no quieran ó no puedan aceptar la manda. Para ese caso habrán de regir todas y cada una de las prescripciones que regulan la sustitución de heredero, puesto que el art. 789 preceptúa que «todo lo dispuesto en este capítulo (el que trata de la expresada materia de sustituciones) respecto á los herederos, se entenderá también aplicable á los legatarios».

En cuanto al legado condicional ó á término, del que no se trata en la presente sección, que sólo se ocupa por incidencia de los legados puros, tiene su estudio separado en la *Sección 4.ª* del mismo capítulo en que nos encontramos, donde expresamente se habla de la institución de heredero y del legado condicional ó á término, y se empieza afirmando que las disposiciones testamentarias, tanto á título universal como particular, podrán hacerse bajo condición (art. 790); considerándose igualmente válida la designación de día ó de tiempo en que haya de comenzar ó cesar el efecto de la institución del legado (art. 805). Huelga, por tanto, repetir lo que el Código detalladamente refiere en su oportuno lugar.

El derecho de acrecer tendrá asimismo efecto entre los legatarios, del propio modo que entre los herederos (artículo 987); y, por tanto, habrá de aplicarse cuando dos ó más legatarios sean llamados á un mismo legado, sin especial designación de partes, muera uno de los llamados antes que el testador, ó renuncie al legado, ó sea incapaz de recibirlo. Cuando no sea aplicable el derecho de acrecer, la porción vacante del legatario ó legatarios á quienes se refiera, y á quienes no se hubiese designado sustituto, no pasará á los sucesores legítimos del testador, como ocurre tratándose de los herederos; siempre se refundirá en la masa de la herencia, según para este caso concreto, como excepción de la regla general, prescribe el art. 888.

Principios generales sobre aceptación de legados, tampoco existen, sin duda porque no se han creído necesarios, ó porque virtualmente se da á entender que han de regir por analogía los establecidos en el

Código respecto á la herencia en general. No hay más indicación respecto al particular que la del artículo 889.

El jurisconsulto Laurent advierte que debe distinguirse de las reglas generales sobre aceptación, aquellas que tienen el carácter de excepcionales; éstas no deben extenderse por vía de analogía, porque solamente el legislador puede crear excepciones. Lo que sí parece indudable es que el legatario que no tiene la libre administración de sus bienes no puede aceptar ni repudiar por sí solo la manda; por los que se encuentren en ese caso, realizarán tales actos sus representantes legales, sus padres ó el tutor en su caso. La aceptación de las mandas que se dejen á los pobres corresponderá á las personas á quienes el testador haya dado el encargo de calificar y distribuir los bienes legados, y á falta de esta designación, á los albaceas; y si tampoco hubiera éstos, al Párroco, al Alcalde y al Juez municipal, los cuales, por mayoría de votos, dispondrán la aceptación ó la repudiación del legado, resolviendo, al efecto, las dudas que ocurran.

Las mandas hechas á las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir, serán aceptadas por sus legítimos representantes; mas, para repudiarlas, se necesitará autorización judicial. Los Establecimientos públicos oficiales realizarán tales aceptación ó repudiación por medio del Gobierno; la mujer casada con licencia del marido, ó, en su defecto, con aprobación del Juez; los sordo-mudos que supieren leer y escribir, por sí ó por medio de su tutor, siempre que, previamente, al hacerse la declaración de dicha incapacidad y fijar la extensión de la tutela,

no se hubiesen concedido esas atribuciones de aceptación ó repudiación á dicho sordo-mudo.

Cabe de igual forma en los legados, tanto la aceptación expresa de los mismos como la tácita. Afirma Laurent á este propósito que aceptación tácita de un legado sería el acto de un legatario al que no pueda darse otra interpretación que la voluntad de esa misma aceptación, como la reclamación ó demanda de la cosa legada que el legatario formule contra el heredero ó contra el albacea. Los actos de mera conservación, como dice nuestro Código, ó de administración provisional de la cosa legada, no implicarán la aceptación de la manda, si con ellos no se ha tomado el título ó la cualidad de legatario. En cambio, la repudiación ha de hacerse expresamente y en instrumento público ó auténtico, ó por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría ó del *ab-intestato*. Pothier pone sobre este particular el ejemplo siguiente: un legatario consiente en la venta que hace el heredero de la cosa que le ha sido legada; este consentimiento debería considerarse como una renuncia tácita de su legado. Sin embargo, podría darse á este acto otra interpretación; pues, pareciendo por las circunstancias que la intención del legatario no ha sido la de repudiar el legado, sino que solamente ha consentido en recibir el precio en lugar de la cosa, sería aventurado dar por hecha tal repudiación.

Las consecuencias legales de la aceptación y de la repudiación no podrán ser las mismas tratándose de los legados que de la herencia, tomada esta palabra en sentido estricto. El heredero que acepta esta calidad con la garantía que supone el beneficio de inventario, res-

ponde de las deudas y gravámenes hasta donde alcance el caudal relicto; si no utiliza ese beneficio se compromete á cumplir todo lo ordenado por el testador, no sólo con la participación que como tal heredero le corresponde, sino hasta con sus bienes propios.

Ya anticipamos en esta misma introducción que repugnaba á la naturaleza del legado el que le fuere aplicable el referido beneficio de inventario. El legatario, pues, que acepta la manda se obliga á afrontar todas las consecuencias legales que aquélla lleve consigo y á responder de los gravámenes que con tal motivo le imponga el testador, pero sólo hasta donde alcance la cuantía de dicha manda.

El legado puede ser revocado ó dejado sin efecto y aun ser declarado nulo; pero de estos extremos ya trataremos con toda amplitud al examinar el art. 869, que se ocupa de casos especiales sobre tal materia.

Reduciendo, por último, á exposición sintética y metódica todos los puntos legales tratados en este apartado del Código, diremos que en él se examinan, y por este orden debían aparecer regulados, ciertos principios generales y previos, que convienen á las diversas clases de legados, de lo cual se encargan los artículos 858, 859 y 891; se dan reglas sobre la entrega de las mandas en los artículos 860, 883 y 886; se examinan las diversas clases de mandas ó se especifican todas las cosas que de ellas pueden ser objeto en los artículos 861 á 868 y 870 á 880; se regulan determinados casos en que los legados caducan, de lo cual son prueba los artículos 869 y 871; se fija el momento en que el legatario adquiere derecho á los legados puros y simples en los artículos 881, 882 y 884; se puntualizan las obli-

gaciones del heredero para con los legatarios, y las de éstos para con aquél, lo propio que los derechos de unos y otros, en los artículos 885 y 886; se prevé el caso en que los bienes de la herencia no basten para satisfacer todas las mandas ordenadas por el testador en el artículo 887; se establece una excepción, según ya dijimos, del derecho de acrecer propio de los herederos testamentarios y *ab-intestato*, en el art. 888; y por último, se mencionan determinadas modalidades de la doctrina de la aceptación y de la renuncia referentes á la materia de legados en los artículos 889 y 890.

Por lo que indica esa cita de artículos, colocados hasta en lugares opuestos é indistintos de la presente sección, y que no hemos agrupado caprichosamente y al azar, como cualquiera puede comprobar por sí mismo, mediante un simple examen superficial del articulado, la exposición de la materia de legados en el Código dista bastante de aparecer hecha con sujeción á un criterio científico y á un método aceptable. Nunca como en este caso podrían apreciarse las ventajas del procedimiento dogmático para estudiar los preceptos legales sobre mandas; porque ya se ve á qué extremos conduce el método exegético, al que forzosamente, sin embargo, habremos de acudir, por los compromisos á que nos sujeta nuestra tarea de comentaristas del Código; al extremo de haber de examinar, por ejemplo, los diferentes casos de caducidad ó revocación tácita de los legados, mucho antes de conocer las clases más principales de éstos, ó al de tener que hablar de que el obligado á la entrega de mandas responderá en caso de evicción, si la cosa fuere indeterminada y se señalase sólo por género ó especie, antes de saber los varios

modos en que pueden dejarse legados genéricos y específicos.

El criterio legal dominante en toda esta *Sección décima* es el tradicional de nuestro antiguo Derecho, pudiendo decirse hoy todavía que, en general, el tratado de legados sigue regido por las máximas del Derecho romano. Así lo da también á entender la *Base 15* de las votadas por las Cortes para la redacción del Código.

No nos parece oportuno exponer otras consideraciones en este proemio al tratado de mandas ó legados, porque de lo contrario usurparíamos ó invadiríamos terreno por el que habremos de caminar más espaciosa y ampliamente y con mayor oportunidad, cuando analicemos en particular cada uno de los preceptos que van á continuación.

ART. 858. El testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo á su heredero, sino también á los legatarios.

Estos no estarán obligados á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado.

Concordancias.—Igual al art. 843 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 3.ª, tít. IX, Part. 6.ª* Pvede el testador mandar e obligar en su testamento, o cobdicillo a aquel que estableseiere por su heredero, que de o pague alguna cosa a otri. Esse mismo mandamiento puede fazer todo ome a aquellos que han derecho de heredar lo suyo si muriere sin testamento. Estos herederos lo deuen cumplir luego, que son apoderados de la herencia del finado. E aun dezimos, que

si el testador mandasse a alguno de aquellos, a quien el ouiesse dexado de lo suyo señaladamente, que de aquello que le mandaua, que diesse alguna cosa a otri: tenudo es de lo cumplir, fasta aquella quantia, que montasse aquello que el auia dexado por manda.

COMENTARIO.—El legado representa siempre un gravamen, una carga, una deducción de la herencia; pertenece al pasivo de la misma. Nos interesa, por tanto, saber quién es el que ha de satisfacer esa deuda, que emanando de la voluntad del testador, tiene todas las condiciones de ineludible y sagrada.

El art. 858 ha sido lógico al declarar terminantemente que los herederos ó los legatarios han de responder del pago de las mandas que hayan sido dispuestas en el testamento en que fueron nombrados; porque nadie más que ellos, según demostramos anteriormente, son los que pueden obtener alguna utilidad de la herencia, ó por lo menos, los que, en una forma ú otra, representan al difunto, y los más indicados, por consiguiente, para llevar á debido efecto sus últimas disposiciones. Los albaceas quedarán en algún caso facultados para el *pago* de dichas mandas; los herederos y legatarios son los responsables de que las mismas se satisfagan; conceptos que á nadie parecerán sinónimos, ni en su significación, ni en sus consecuencias legales. Todo partícipe hereditario, pues, puede estar sujeto á los gravámenes que al testador le plazca imponer y que significarán, por tanto, una disminución de su cuota.

Antiguamente, según advierte el jurisconsulto Heinecio, sólo se podia legar por los herederos, y dar fideicomisos por todos los que percibian algo en el testamento; pero después que los legados y fideicomisos fueron igualados por completo, se adoptó la regla de que á todos los que reciben algo del testador se les puede mandar que paguen legados y fideicomisos, con tal que tales personas no sean gravadas más que en lo que han sido favorecidas. Ya lo expresa también con bastante claridad la ley de Partida anotada en los *Precedentes legales;* el testador puede mandar y obligar en su testamento á aquel que estableciere por heredero á que dé ó pague alguna cosa á otros, y también á aquellos á quienes dejare algo de lo suyo señaladamente en el propio testamento.

La Historia romana, sin embargo, nos enseña que en un tiempo los testadores abusaron de esa facultad de legar en perjuicio de sus herederos y legatarios: Según afirma Justiniano, en el *proemio del título 22, libro 3.° de sus Instituciones,* dicha facultad era tan ilimitada, que el testador podía agotar en legados su patrimonio, ya que, con arreglo á una de las leyes de las *Doce Tablas*, había de observarse siempre todo lo que el testador dispusiere acerca de sus bienes. Las leyes *Furia* y *Voconia* disponían, la primera, la prohibición de dar á un solo legatario más de *mil ases*, y la segunda, otras diversas medidas, á fin de evitar que los legatarios ó cualesquiera otras personas que percibieran algo por causa de muerte, pudieran obtener más que el heredero instituído.

Justiniano expresa que ninguno de esos plebiscitos llenó cumplidamente su objeto, hasta que se dictó la ley llamada *Falcidia*, por la que se ordenaba al testador que no podría legar más de las tres cuartas partes de sus bienes, esto es, que ya fuese uno ó muchos los herederos instituídos, siempre quedase en su poder la cuarta parte de la herencia. Si los legados excedían de dicha porción, quedaban reducidos *ipso iure* al límite expresado de las tres cuartas partes.

La *ley 1.ª, título 11, Partida 6.ª* definía la *Falcidia* como la cuarta parte de la herencia que el heredero debe haber á lo menos de los bienes del finado, por razón que era escrito en testamento de otro; disponiéndose que cuando alguno hace manda de todos sus bienes, de manera que no deja al heredero la su parte, éste puede rebajar de cada una de las mandas la cuarta parte de dichos bienes ó retenerla para sí. Esta prescripción no regía para las mandas dejadas á la Iglesia, ó á otro lugar religioso, ó á hospitales ó á pobres, ó para redimir cautivos ó para alguna otra obra de piedad.

Ninguna de las leyes posteriores á las *Partidas* contiene disposición expresa respecto á la *cuarta Falcidia;* si bien por la famosa ley del *Ordenamiento (ley 1.ª, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación)* se introdujo, como ya repetidamente hemos dicho, innovación tan transcendental en materia sucesoria, como la de no considerar necesaria la institución de heredero para la validez de las demás cláusulas testamentarias; razón por la que algunos comentaristas y glosadores de

nuestro antiguo Derecho civil sostuvieron que habiéndose establecido la deducción ordenada por la *ley Falcidia* en favor del heredero, legatario ó fideicomisario, y á fin de dar á éstos mayor estímulo lucrativo que les animase á aceptar la herencia, y á no dejar incumplida en modo alguno la voluntad del testador, requiriéndose la necesidad de la adición de la herencia, según dijimos, para que surtieran efecto las restantes partes del testamento, ese motivo resultaba ya improcedente después de la publicación de la citada ley recopilada.

Otros autores muy consultados en asuntos de Derecho civil, sostienen la opinión opuesta, que, en nuestro sentir, es la más aceptable y racionalmente fundada. No se conoce derogación expresa de la disposición de *Partidas* que introdujo en España la *cuarta Falcidia* romana, en lo cual convienen unos y otros intérpretes del Derecho. Y como una de las principales causas que, según el Emperador Justiniano, se tuvieron presentes para poner coto á las abusivas facultades de los testadores, limitadas ya por las mencionadas *leyes Furia y Voconia*, fué la de no hacer tan gravosa y despreciable la condición del heredero y de los que venían nombrados en el testamento para entregar todo ó parte del haber hereditario á terceras personas, cuando por otro lado no podía establecerse como obligatoria la aceptación de la herencia, esa misma causa continuó teniendo oportuna aplicación después del organismo sucesorio creado por la ley del *Ordenamiento de Alcalá*, equivalente á la ya referida de la *Novísima Recopilación*; independientemente de la consideración legal de que la institución de heredero ya no era precisa para que pudieran cumplirse en todos sus extremos las órdenes del testador. Por lo que, siempre y en todo caso, la *cuarta Falcidia* supondría ó significaría un premio, una retribución otorgada al encargado por testamento de hacer entrega de participaciones hereditarias á terceras personas, indemnizándole de las molestias y expensas que con tal objeto se le causaran.

Con muy poca frecuencia debieron haberse presentado ante los Tribunales en el presente siglo, casos litigiosos sobre la existencia ó inexistencia legal de la *cuarta Falcidia*; por cuánto nada hallamos en los anales de jurisprudencia que pueda indicarnos el pensamiento sobre el particular de los llamados á es-

tablecer la interpretación auténtica de las leyes. Sin embargo, mas bien encontramos autorizada nuestra opinión, anteriormente expuesta, por la *Sentencia de 7 de Diciembre de 1860*, en uno de cuyos considerandos se afirma que no puede decirse infringida *la ley 3.ª, tít. 11, Partida 6.ª*, no habiéndose propuesto demanda en forma sobre detracción de la *cuarta Falcidia*, si la sentencia recurrida nada decide sobre este punto.

Estas consideraciones tienen un mero valor histórico, porque dentro del referido Código son inoportunas las dudas expuestas; bien terminante se halla el precepto cuyo comentario exponemos, al no establecer reserva alguna en favor del heredero ó legatario á quienes imponga el testador el gravamen de una ó varias mandas. Verdadera última palabra sobre la materia podemos considerar asimismo el apartado segundo del artículo 783, en el cual también más directamente se alude á la llamada *cuarta Trebeliánica*, cuando dispone que el heredero fiduciario estará obligado á entregar la herencia al fideicomisario, *sin otras deducciones* que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa. Y, por último, alguna significación debemos dar á la disposición final del Código, por la que quedan derogados todos los cuerpos legales que se ocupen de materias de que aquél trata.

Y que el mencionado art. 783 puede sin inconveniente alguno aplicarse al problema de entrega de legados, que plantea y resuelve nuestro art. 858, por lo menos, tratándose de legados de cosas sobre las cuales únicamente puede recaer el fideicomiso, no debe ofrecer la más leve duda. A esta idea quizá aluden los legisladores uruguayo y austriaco cuando en los artículos 869 y 652 de sus Códigos civiles disponen que puede también el testador dar sustituto al legatario, ó que puede disponer la sustitución vulgar ó la fideicomisaria. En efecto: se considera fideicomiso en general la institución testamentaria por virtud de la cual el testador ruega ó encarga á un heredero que ceda determinada porción de la herencia ó ésta en su alidad á una tercera persona, que recibe el nombre de fideimisario; con casi iguales términos comienza el art. 781, al presar que las sustituciones fideicomisarias son aquellas en ya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita

á un tercero el todo ó parte de la herencia. Y aun cuando en este precepto nada se habla de los legatarios, en forma igualmente clara y preceptiva estatuye el art. 789 que «todo lo dispuesto en este capítulo (el de la sección tercera, denominado «De la sustitución») respecto á los herederos, se entenderá también aplicable á los legatarios». Luego puede asimismo reputarse fideicomiso aquel llamamiento que el testador hace á un legatario para que transmita á un tercero (legatario fideicomisario) el todo ó parte de la herencia. Obsérvese que al argumentar en tal forma no nos salimos de los términos y tendencia legal del mismo Código.

Lo que, por consiguiente, establece nuestro art. 858 es una verdadera sustitución fideicomisaria, un fideicomiso, de cuyo cumplimiento se encarga en un caso al heredero y en otro al legatario; ó sea á los que, en lenguaje más técnico, llamaremos *fiduciarios*.

Bajo tal supuesto, encontramos más aceptable que el beneficio de la *cuarta Falcidia*, el introducido por el citado párrafo del art. 783, disponiendo que se indemnice á los fiduciarios de todos aquellos gastos legítimos, créditos y mejoras que se produzcan con motivo de la entrega de la herencia ó del legado, «*sin ninguna otra clase de deducciones*»; con cuya última frase indudablemente se quiso dar á entender de manera categórica que quedaba desterrada del Código la histórica *cuarta Falcidia* y se terminaban ó se declaraban para en adelante excusadas las opuestas opiniones de tratadistas y glosadores, á que nos hemos referido.

La consideración de que el ordenamiento de mandas de que han de responder el heredero ó el legatario por disposición del testador, supone verdaderos fideicomisos, nos obliga á recordar ciertas reglas del tratado de sustituciones, aplicables, por consiguiente, á los problemas propios del presente comentario.

Así, pues, la facultad de que trata nuestro art. 858 ha de entenderse sin perjuicio de los derechos legitimarios que, en su respectivo caso, correspondan al legatario ó al heredero; estableciendo á mayor abundamiento el apartado segundo del artículo 813 que el testador no podrá imponer sobre la legítima gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo. El art. 815 añade

que el heredero forzoso á quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.

Si los legados á que se refiere el artículo que examinamos se hacen sobre el tercio destinado á mejora, sólo podrán otorgarse en favor de los descendientes del testador; así lo resuelve, tratando de las sustituciones fideicomisarias, el art. 782.

La obligación impuesta á herederos y legatarios de responder de las mandas que se les ordene entregar por el testador, ha de ser cumplida también en su caso por los herederos de aquéllos, una vez hayan aceptado en debida forma su respectiva condición de heredero ó de sucesor á título singular; pues si el art. 766 concede derechos aun á los que suceden á personas que no han llegado á heredar por motivos de incapacidad ó por haber sido desheredados con justa causa, lógico es que corresponda á esos mismos herederos el cumplimiento de todos aquellos deberes correlativos.

El art. 858 no menciona más que al legatario, al determinar el alcance de las obligaciones que se le imponen con motivo del otorgamiento del segundo legado. Sólo, pues, él estará obligado á responder del gravamen limitadamente, ó sea hasta donde alcance el valor de lo que se le legó.

Nada se dice del heredero, porque sería incurrir en repetición. Ya hemos dejado establecido que la doctrina general de los efectos jurídicos que produce la cualidad de heredero contra los que lleguen á ostentarla, depende siempre del hecho de la aceptación de la herencia, que puede llevarse á cabo en forma pura ó simple ó en forma condicional, acudiendo en este segundo caso al beneficio llamado de inventario, por virtud del que, en daño del heredero, no llegarán á confundirse sus bienes particulares con los que pertenezcan á la herencia, ni quedará obligado á satisfacer los legados, como tampoco las deudas y demás cargas hereditarias sino hasta donde alcancen los bienes del haber del difunto.

La aceptación pura y simple obligará al heredero á pagar el legado cuyo gravamen se le impuso, no sólo con los bienes de la herencia, sino también con los suyos propios.

El testador también puede conceder al mismo heredero ó herederos nombrados, un legado, según ya antes de ahora

expusimos. Tal forma de legar se denominaba en Roma *prelegado* ó legado *per praeceptionem*, pudiendo lo mismo en él diferenciarse hoy perfectamente, para los efectos jurídicos ulteriores, la condición de heredero de la de legatario, aun atribuidas á una sola persona. Por esto dice el art. 648 del Código austriaco que el testador puede también legar á uno ó más herederos un prelegado con respecto del cual deben éstos ser considerados como legatarios.

Tal legado se reputará como un gravamen ó deuda de la herencia; y con él responderá el heredero referido de todas aquellas cargas que con tal objeto le imponga el testador en el testamento.

Á esa clase de legado se refiere también el párrafo 2.° del artículo 890, cuando ordena que el heredero que sea al mismo tiempo legatario podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, ó renunciar éste y aceptar aquélla.

Supuesto el caso de que en un testamento aparezcan concedidos uno ó varios legados, sin que el testador dejase determinadas la persona ó personas que hayan de responder de los mismos, no siendo posible indagar la intención de dicho testador, en tal sentido, por las cláusulas testamentarias, ¿de cargo de quién han de quedar los referidos legados: del heredero ó herederos ó de los legatarios? El art. 858 prevé sólo el caso en que el testador expresa ó tácitamente imponga al heredero ó al legatario el gravamen del pago de una nueva manda. Los legados están considerados como una carga de la herencia, según nos manifiesta Laurent; y, por consiguiente, el heredero será, en el supuesto antes establecido, el que satisfaga toda clase de mandas, ya sirviendo de garantía los bienes que por título de herencia le haya dejado el testador, si el primero acude al beneficio de inventario, ó ya además sus bienes propios, caso de aceptar ese nombramiento pura y simplemente. Esta es una consecuencia práctica de la distinción entre heredero y legatario; aquél sucede á título universal, es decir, en todos los derechos y obligaciones, en todas las ventajas y gravámenes hereditarios, y el segundo no hereda al difunto más que en aquello que concreta y señaladamente se le deja en el testamento; á no ser que el testador hubiera determinado cosa distinta respecto á quién ha de responder de los gravámenes.

Es indudable que en algunos otros importantes extremos se diferencia el heredero del legatario. La voluntad del testador puede señalar al segundo la obligación de pagar las deudas y cargas de la herencia, si acepta la manda y aquéllas no exceden de la cuantía de la misma; pero quedamos en que, *ipso iure*, á falta de declaración especial del testador y por lo que exige la misma naturaleza de las instituciones jurídicas, el heredero, y no el legatario, es el que habrá de hacerse cargo de todas las deudas y gravámenes hereditarios hasta el límite que indique la clase de aceptación de herencia realizada por dicho heredero.

La expuesta doctrina la deducimos legítimamente de multitud de preceptos del tratado de sucesiones, cuya cita sería prolija; pero principalmente así resulta con toda evidencia del principio general sentado en el art. 661, según el cual, los herederos suceden al difunto, por el hecho sólo de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones.

***

Declarados nulos ó no habiéndose aceptado el legado ó herencia por aquellos á quienes el testador ordenó la satisfacción de las mandas de que trata el art. 858, ¿quedan también éstas por tal motivo ineficaces? Laurent afirma que los legados son una carga impuesta por el testador, ya á los herederos legítimos, ya á los legatarios universales, á título universal ó á título particular. Si el legado caduca por premuerte del legatario, se entiende que no ha habido nunca legado, y por lo tanto, carga. Si el legatario es incapaz, no puede reclamar aquél, y en su consecuencia, el que debía pagarlo deja de ser deudor ó, por mejor decir, no lo ha sido nunca. Si el legatario repudia el legado, deja aquél de serlo, presumiéndose que no ha habido nunca carga para la persona á quien con ella se quiso gravar. Lo propio ocurre en los demás casos en que el legado caduca, á menos que sea por la pérdida total de la cosa; la cosa legada perece entonces para el legatario y para aquel que había de entregarla. Pothier formula este principio en términos más generales diciendo: cuando un legatario no recoge por cualquier motivo la cosa legada, ésta queda para los herederos ó para los otros que han sido gravados con la prestación de la manda, quienes se aprovecharán de la misma. El art. 3.809 del

Código de la República Argentina expresa que la caducidad de un legado resultante de una causa cualquiera, que no sea la pérdida de la cosa legada, aprovecha, no habiendo sustitución, á los que estaban obligados al pago del legado ó á aquellos á los cuales hubiese de perjudicar su ejecución.

El Código de Méjico, por el contrario, en su art. 3.534, estatuye que si el heredero ó legatario renunciare la sucesión, la carga que se le haya impuesto se pagará sólo con la cantidad á que tenía derecho el que renunció.

Con violencia y desagrado nos separamos de compañía tan honrosa como es la de los eminentes jurisconsultos Laurent y Pothier, al tener que opinar en contra suya acerca del expuesto problema, aunque bien pudieron emitir su respetable parecer sujetándose al espíritu de las disposiciones del Código civil francés. Examinados detenidamente los distintos preceptos de nuestro Código que más ó menos tengan pertinencia con la duda propuesta, creemos que no es posible sostener el criterio que esos autores adoptan, aproximándonos en nuestras convicciones más á la tendencia del precepto transcrito del Código mejicano. De todas suertes, no hablamos ni podemos hablar *ex-cathedra,* tratándose de un punto legal que no ofrece solución tan clara y fácil como á primera vista pudiera creerse.

El art. 764 del Código español consigna la teoría fundamental en el tratado de sucesión testada, de que el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar; *en estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes,* y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos. Por otra parte, el art. 743 preceptúa que serán ineficaces, en todo ó parte, las disposiciones testamentarias *sólo* en los casos *expresamente* prevenidos en este Código. ¿Por qué, pues, han de entenderse caducados esos segundos legados á que venimos aludiendo, sólo porque no haya tenido existencia legal el primer legado ó la institución de heredero, con dependencia de los cuales se dispusieran dichas mandas? ¿En qué parte del Código se declara tal ineficacia?

Esas segundas mandas son un gravamen de las otras instituciones, sólo en caso de aceptación del heredero ó legatario

respectivos. No tienen siquiera los caracteres de mandas condicionales, que hayan de depender de suceso alguno ó de actos de los expresados heredero ó legatario, para que por ello adquieran vida jurídica y puedan eficazmente ser reclamadas. La voluntad del testador está bien explícita respecto á las mismas; ha querido favorecer á terceras personas con la donación de una cuota hereditaria ó de bienes determinados de la herencia, y, por tanto, esas personas, á los efectos del art. 881, que más adelante explicaremos, las adquirieron legalmente desde la muerte del donante y las transmitieron á sus herederos, caso de haberse dictado en forma pura ó simple.

En tal supuesto, ¿quién ha de satisfacer esas mandas, ó á cargo de qué bienes ó personas han de figurar? Distingamos. Si el primer legatario ha sido gravado con dichos legados, y no llega á posesionarse de tal condición de sucesor á título singular, ni existen otros legatarios á los que puedan aplicarse las reglas de la sustitución ó del derecho de acrecer, el gravamen pasará al heredero ó herederos, por los motivos que en este mismo comentario expusimos; y porque, además, en la herencia se refunden (art. 888) los legados cuyos sujetos no puedan ó no quieran admitirlos. Existiendo otros legatarios sustitutos del que no llegó á serlo, ellos serán, dentro del límite señalado por el apartado 2.° del artículo que comentamos, los obligados á dicho pago, porque dispone el art. 780 que el sustituto quedará sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituído, á menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, ó que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del instituído. Si entre los diversos legatarios procede hacer aplicación del derecho de acrecer, el gravamen correspondiente al que ó á los que no pudieron ó no quisieron serlo, acrecerá igualmente al legatario ó legatarios que perciban la utilidad de aquéllos en proporción á sus respectivas cuotas hereditarias; pues los artículos 984 y 987 tienen ya previsto que los herederos y legatarios á quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso ó no pudo recibirla.

Por último, no siendo aplicables los principios de la sustitución ni del derecho de acrecer á los demás colegatarios, por no quedar ninguno de los nombrados por el testador, sin que tam-

poco existan herederos, por no aceptar los nombrados ó dejando de serlo por cualquier otro motivo, los segundos legados á que repetidamente venimos aludiendo serán de cuenta ó constituirán una carga de la personalidad herencia, cualquiera que la represente; aunque, como dice el Código mejicano en el precepto antes transcrito, se pagarán solamente con la cantidad á que tenía derecho el legatario que renunció; ó, como también tiene previsto nuestro Código, precisamente en la disposición legal que estamos comentando, el gravamen solamente se satisfará en cuanto quepa dentro del valor del legado con cargo al cual se consignó aquél en el testamento.

De suerte que ese segundo legado tiene siempre otro ó una institución de heredero, que le sirven de garantía y como de precedente; la porción hereditaria que á los herederos ó legatarios gravados se hubiese adjudicado, si por ellos no llega á ser disfrutada, lo será por otras personas, las cuales, por consiguiente, en todo caso tendrán posibilidad y medios de verificar el pago de esas mandas, que se ordenan en vista de una utilidad prevista, ó por lo menos, sin perjudicar el derecho del heredero ó legatario, ni de los que lleguen á subrogarse en su lugar, pues en ningún caso podrá salvarse la barrera infranqueable señalada por el párrafo 2.º del art. 858, que explicamos.

Las anteriores reflexiones nos llevan por la mano al otro supuesto contrario que nos puede ofrecer la realidad. Caducando ó haciéndose ineficaz por cualquiera causa ese segundo legado, cuyo gravamen se impone á un heredero ó á un primer legatario, los bienes ó derechos en que consistía, ¿á quién acrecerán: á aquéllos ó á la herencia en general? Cuando el testador nada haya dispuesto previsoramente sobre el particular (excepción ésta que en materia de testamentos echa por tierra todas las reglas que no sean de las impuestas por razones de interés público), ni sea posible poner en práctica los preceptos que regulan las sustituciones, ni los propios del derecho de acrecer, es imposible separarse del contexto clarísimo del ya recordado art. 888, y por tanto, se refundirán en la herencia esas mandas caducadas ó ineficaces. De modo que el legatario á quien el testador grava con una nueva manda, no distrutará ni aun por azar de la utilidad que el no cumplimiento del gravamen le podría proporcionar. Lo propio ocurriría, dados los términos concluyentes

del artículo últimamente citado, aun tratándose de legado de cosa propia de ese primer legatario; porque, no distinguiendo el Código, tenemos que aplicar con todas sus lógicas consecuencias el criterio que dentro de aquél venimos sosteniendo.

ART. 859. Cuando el testador grave con un legado á uno de los herederos, él sólo quedará obligado á su cumplimiento.

Si no gravare á ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos.

Concordancias.—Semejante al art. 676 del proyecto de 1851 é igual al 844 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 3.ª, tít. IX, Part. 6.ª (Véanse los precedentes del artículo anterior.)*

COMENTARIO.—El art. 858 formula el principio general en materia de legados, según el cual, todo testador puede imponer el gravamen de una manda, *no sólo á los herederos*, sino también á los mismos legatarios El art. 859 señala la participación de tal responsabilidad, en cuanto á los herederos se refiere, para los casos en que sobre ella se haga ó no se haga mención expresa en el testamento.

Si el testador, en uso de sus privativas atribuciones, ordena á un heredero que satisfaga determinado legado, al tenor de ese mismo mandato hay que atenerse, puesto que cumpliendo el testamento no se vulnera prescripción alguna de carácter público ni se infiere perjuicio á tercero.

La dificultad pudiera existir cuando el testador ordenara legados y se limitase á manifestar que fueran satisfechos con ço á la herencia. Mas el legislador, de conformidad con los ceptos que señalan la regla general en materias análogas Derecho civil, estatuyó que la forma en que quedaban obli- los los herederos era la mancomunada y no la solidaria. Es ir, ha querido que se respetase, aun tratándose de legados,

la teoría contenida en el art. 1.137, inicial de la *Sección* del Código que regula las obligaciones mancomunadas y solidarias; y según la cual, la concurrencia de dos ó más acreedores ó de dos ó más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho á pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma; sólo habrá lugar á ello cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria. Por analogía debemos también expresar que si el testador quisiera que la responsabilidad de los herederos en el pago de legados no gravara proporcionalmente las cuotas hereditarias de aquéllos, sino que cualquiera de los mismos quedase obligado á hacer efectivos tales gravámenes, pudiendo también los legatarios dirigir su acción para la entrega de lo donado por el testador contra cualquiera de los expresados herederos, esto sería lo que prevaleceria sobre la disposición terminante del párrafo 2.º del artículo que comentamos; porque donde aparece manifiesta la voluntad del hombre que testa, cesa el imperio de las leyes, supletorias de aquélla en la mayor parte de los casos.

La alusión, pues, á la *Sección cuarta, cap. III, tít. I, libro cuarto* del Código es bien evidente. El principio general, cuando se trate de la proporción en que deban pagarse por los herederos las mandas con que se les ha gravado, lo encontramos en la segunda parte del art. 859 y en el 1.137. Las excepciones las determinará el testador; y para suplir la deficiencia de sus mandatos, después del señalamiento de tales excepciones, están los restantes artículos de dicha sección, ó sea los comprendidos en los números 1.138 al 1.151.

El precepto que examinamos para nada se refiere á los legatarios, lo cual es de extrañar, porque asimismo puede el testador nombrar varios de aquéllos, bien imponiendo á uno solamente el pago de alguna de las mandas, bien manifestando que tal ó cual legado correrá de cargo de los legatarios que anteriormente deja nombrados ó que posteriormente designará. No habiéndose previsto la parte de que cada uno de dichos legatarios ha de responder, parece que el principio debe ser el mismo que queda explicado; si no con arreglo á la letra del art. 859, de acuerdo por lo menos con su espíritu é indudablemente con el contexto del art. 1.137. Al fin y al cabo, éste se

refiere á obligaciones, y obligación, técnicamente considerada, es la que envuelve la orden ó ruego que un testador hace á varios de los que nombra partícipes de su herencia, para que satisfagan determinadas atenciones; nexo ó vínculo jurídico que queda perfectamente determinado desde el momento en que esos legatarios á quienes se dirige el testador aceptan en debida forma las mandas que á ellos van destinadas condicionalmente, ó con la modalidad de hacer á su vez mercedes á otras personas.

Claro es que tal principio habría de entenderse en todo caso con la limitación de que esa proporcionalidad nunca comprometa á los legatarios á más de lo que alcance el valor de lo que se les dejó en el testamento á título singular. Como también se sobreentiende en las afirmaciones de que constan los dos apartados del art. 859, el heredero quedará obligado al cumplimiento de la manda por sí solo ó en unión de varios proporcionalmente á la parte de herencia que le corresponde, cuando el legado no traspase la cuantía de lo que á título universal le concedió el testador y haya aceptado la condición de heredero á beneficio de inventario; ó sin que tal limitación tenga lugar cuando la aceptación se hizo en forma pura y simple.

El Código de la República Argentina (art. 3.776) establece la forma solidaria únicamente para el caso de que la cosa legada no admita división; señalando como ejemplo un anotador de tal Código que si un testador encarga á sus dos herederos dar un derecho de paso á Ticio, como tal derecho es indivisible, cada heredero podrá ser demandado *in solidum;* de modo que, siendo uno de ellos insolvente, el otro queda obligado por el todo.

¿Sería aplicable tal doctrina á nuestro Derecho positivo? Sin duda alguna; porque además de indicarlo así la realidad y la manera de ser de las cosas, deducimos lo propio del espíritu que informa el art. 1.150, el cual resuelve la obligación indivisible mancomunada en la de indemnizar daños y perjuicios, desde que cualquiera de los deudores falta á su compromiso; además, los deudores que hubiesen estado dispuestos á cumplir los suyos contribuirán á la indemnización con más cantidad que la rción correspondiente del precio de la cosa ó del servicio en e consistiere la obligación. De suerte que, nombrados en un tamento tres herederos, sin que el testador impusiera á cada

uno de ellos obligación de pagar determinado legado de cosa indivisible, ni señalase proporción alguna con tal objeto, cada uno de dichos herederos deberá realizar por entero esa prestación, exigiendo de los otros coherederos la debida indemnización, en metálico ó en otra especie, de la parte que á ellos les corresponde aportar, según la cuantía de su participación hereditaria.

***

Para mejor comprender las consecuencias á que en su aplicación puede dar lugar el art. 859, conviene que distingamos los diversos casos á que éste indudablemente alude. Si existe un solo heredero nombrado, y él es quien ha de satisfacer los legados á distintos legatarios, él por sí solo levantará tales cargas con los bienes de la herencia ó también con los suyos propios, según los casos que antes distinguimos; y cada uno de tales legatarios podrá reclamar su porción de ese heredero, con independencia de sus colegatarios, cuando la clase de prestación legada sea individual y separada de la de éstos. Si es indivisible, no tendrá derecho el legatario á pedir íntegramente la cosa objeto de la manda, sino la participación que en ella le señaló el testador, como ya nos tiene indicado el art. 1.137; pues si mancomunada es la obligación para los herederos ó legatarios gravados con el pago de posteriores mandas, haciendo ellos el papel de deudores de tal obligación, mancomunada lo será también por parte de los segundos legatarios, que figuran como acreedores ó exigentes en la relación jurídica creada por el testador entre unos y otros.

Siendo varios los herederos ó legatarios á quienes se impuso el gravamen de que tratamos, y una sola persona favorecida con la manda ó mandas, ella puede reclamar su cuota ó cosa legada de cada uno de los primeros, pero únicamente en lo que se refiera á la parte ideal ó material que están obligados á satisfacer tales representantes del difunto, según la importancia de lo que se les haya dejado en el testamento, y precisamente en esta misma proporción; ó reclamando de todos los herederos á la vez, y en un mismo trámite procesal, pero exigiendo de ellos únicamente el cumplimiento de lo dispuesto por el testador, en su correlativa dicha proporción; sin que le sea lícito

repetir por entero contra un solo heredero ó un solo legatario.

Esta creemos que es la doctrina ortodoxa dentro de los principios generales del Código, y la que servirá para resolver las distintas contingencias que pueda presentar la práctica.

***

Con la materia que comprende nuestro art. 859 entendemos que está íntimamente relacionada, si no en ella virtualmente contenida, la de las garantías con que en nuestras leyes cuentan los legatarios para hacer efectivas sus mandas, pues en ningún otro precepto de los que constituyen la presente *Sección décima* puede tratarse de cuestión tan principal en el Derecho, que expondremos sin descender al examen de las diversas especialidades que para cada clase de legado se conocen, las cuales en su lugar respectivo habremos de explicar.

El distinguido tratadista Sr. Pastor *(Manual del Derecho Romano)* afirma que en Roma se conocían tres formas ó medios otorgados al legatario para asegurarle el cumplimiento del legado, á saber: la separación de bienes, que podían reclamar todos los acreedores hereditarios y testamentarios, la caución *legatorum servandorum causa*, ó sea la posesión de los bienes legados que el Pretor concedía al legatario, si el heredero no prestaba caución ó garantía de satisfacer oportunamente la manda, y la llamada hipoteca tácita, que Justiniano estableció en favor del legatario y sobre los bienes todos de la herencia recibidos por el gravado con la manda, fundándose en que el deseo del difunto fué el de que se cumplieran sus disposiciones y en que otros Emperadores habían ya declarado hipotecados ciertos bienes por ministerio de la ley en casos determinados.

Esa misma hipoteca tácita la deducimos de un párrafo de la *ley 26, título XIII, Partida 5.ª*, según el cual, los bienes de cada hombre que hiciese mandas en su testamento quedan obligados á aquellos a quienes se hicieron las mandas, hasta que queden agados de ellas. Tal fué la doctrina vigente hasta el planteamiento de la *ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861*, en la ual el legislador, rompiendo radicalmente con la tradición, ustituyó las hipotecas legales y generales por la especial y de-

terminada, teniendo en cuenta, como se expresa en la Exposición de motivos de dicha ley, que la hipoteca legal, aunque se limite á los bienes presentes, y no se extienda, como es muy común, á los que en adelante puedan adquirirse, da por resultado la falta de publicidad en el Registro, porque en tanto puede decirse que la hipoteca es pública, en cuanto está inscrita con individual expresión de la finca á que afecta y de la cantidad á que se extiende la garantía; la especialidad de la hipoteca, pues, es el complemento de la publicidad. En lugar de la hipoteca tácita que creó la referida ley de *Partidas*, se estableció la llamada anotación preventiva *(hipoteca judicial)* en favor del legatario que no tenga derecho, según las leyes, á promover el juicio de testamentaría, como así se ordena en el *núm. 6.°, artículo 42 de la ley Hipotecaria*. Esa anotación preventiva recaerá sobre la misma cosa legada ó sobre cualesquiera bienes raíces de la herencia, según la clase de legado de que se trate.

Nada mejor á este propósito que reproducir las exactísimas observaciones expuestas en la mencionada Exposición de motivos del Código Hipotecario. En efecto, desde luego se comprende que la facultad de pedir la anotación preventiva sólo se debe dar al legatario que no tiene el derecho de provocar el juicio de testamentaría; pues el legatario de parte alícuota, más que legatario, puede considerarse como heredero; su condición es muchas veces parecida á la de éste, y con el derecho que tiene de salvar sus legítimos intereses, impetrando la intervención de la autoridad judicial, está suficientemente garantido; la protección de la ley sólo, pues, debe venir en auxilio del que carezca de aquel derecho. Y como advierte el Sr. Manresa en sus *Comentarios de la ley de Enjuiciamiento civil*, refiriéndose al núm. 3.° del citado art. 1 038 de la misma, los legatarios de parte alícuota del caudal hereditario gozan del derecho de promover el juicio de testamentaría porque tienen el mismo interés que los herederos en que no haya ocultaciones ni fraudes, pues será mayor ó menor su legado en la proporción que aumente ó disminuya dicho caudal.

De suerte que, sea el legado de una porción determinada de la herencia, cuando el testador quiso que el partícipe de la misma fuera su sucesor á título singular, y no su heredero, ó constitúyase la manda en un objeto determinado del haber he-

reditario ó de tercera persona, siempre quedarán los legatarios garantidos debidamente por las leyes; en el primer caso, con la facultad que se les concede en el Derecho procesal considerándolos parte legítima, para iniciar con su sola reclamación el juicio de testamentaría, aspirando á que se ventilen y diluciden todas las responsabilidades y derechos pasivos que haya dejado el difunto, y se solventen todas las obligaciones que procedan del testamento; y en el segundo supuesto, cuando el legado consista en bienes inmuebles ó haya de éstos en la herencia, consiguiendo que, mediante el oportuno asiento en los libros del Registro, puedan responder aquéllos de los gravámenes que suponen las mandas, es decir, anotando preventivamente dicha manda ó el valor de la misma sobre los bienes que, según el testamento, correspondan al heredero.

La anotación preventiva de los legados podrá hacerse por convenio entre las partes ó por mandato judicial; y no se decretará judicialmente sin audiencia previa de los que puedan tener interés en contradecirla; con cuyo objeto se acudirá al Juez competente para conocer de la testamentaría, exponiendo el reclamante su derecho y presentando los títulos en que lo funde, con señalamiento de los bienes que pretenda anotar.* El Juez, oyendo al heredero y al mismo legatario en juicio verbal, según los trámites establecidos en el *cap. IV, tít. II, lib. II de la ley de Enjuiciamiento civil,* dictará providencia, bien denegando la pretensión ó bien accediendo á ella. En este último caso, señalará los bienes que hayan de ser anotados y mandará librar despacho al Registrador de la propiedad correspondiente, con inserción literal de lo prevenido, para que lo ejecute; cuya providencia será apelable para ante la Audiencia del territorio. Si pedida judicialmente la anotación por un legatario, acudiere otro ejercitando igual derecho respecto á los mismos bienes, será también oído en el juicio.

Para hacer la anotación preventiva de los legados por convenio entre las partes, según lo prevenido en el *art. 56* de la ley, se presentará en el Registro un testimonio de la cabeza, pie cláusula respectiva del testamento, con una solicitud al Registrador, firmada por el legatario y por el heredero, pidiendo dicha anotación y señalando de común acuerdo los bienes en que haya de verificarse; cuyo testimonio asimismo se acompa-

ñará en el caso en que haya de llevarse á cabo la anotación preventiva por mandato judicial, además del mandamiento que, según dijimos, habrá de expedirse por el Juez respectivo.

La anotación preventiva se reclamará cuando el legado de que se trate se halle en condiciones de exigibilidad, lo cual ocurrirá cuando su inmediato pago ó entrega puedan legalmente demandarse en juicio, bien por haberse cumplido el plazo ó las condiciones á que estaba sujeto, ó bien por no existir ningún otro inconveniente legal que impida ó demore el cumplimiento de dichos actos.

Estas son las prescripciones generales que, como de mayor pertinencia para el caso presente, trasladamos de los artículos *55, 56, 57* y *58* de la citada *ley Hipotecaria* y *46* y *79* del *Reglamento* dictado para su ejecución.

Bien pudo suceder que en determinada sucesión y con referencia á un legado, hubiera sido liberada hipoteca tácita pendiente con anterioridad á la promulgación de dicha ley, siendo sustituida por una hipoteca especial, pues el art. 353, núm. 7, prevé el que uno de esos casos se diera en la hipoteca general establecida por la antigua legislación en favor del legatario sobre los bienes del testador, si el legado no estuviere pagado por completo. Entonces, y de conformidad con lo también previsto en los artículos 347 y 363 de la misma ley, la hipoteca especial que ha de ser la que sustituya á la general ó tácita anteriormente constituída, debió haber sido una verdadera anotación preventiva; la cual se exigiría de la persona obligada por dicha hipoteca legal con la suficiencia necesaria para responder del importe de la obligación asegurada.

De la *Resolución* de la Dirección general *de 4 de Febrero de 1880* se desprende que si bien, conforme á la doctrina de la *ley Hipotecaria*, claramente consignada en la *Exposición de motivos* antes referida, la adquisición de un inmueble por título de legado no puede inscribirse definitivamente en el Registro mientras no conste la entrega ó tradición de dicho inmueble, que debe hacer el heredero con arreglo al Derecho común, la misma ley, en su *art. 46*, da al legatario que no ha obtenido esa entrega el derecho de anotar preventivamente el título ó documento en que consta el legado.

¿Qué efectos jurídicos produce la anotación de que venimos

tratando? Según el *art. 50* de la ley, el de hacer al legatario que la haya obtenido de preferente derecho á los acreedores del heredero que aceptase la herencia sin beneficio de inventario, y á cualquiera otro que con posterioridad á dicha anotación adquiera algún derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de los mencionados bienes; y según el siguiente artículo, tal anotación además dará preferencia, en cuanto al valor de los bienes anotados, á los legatarios que hagan uso de su derecho dentro de los ciento ochenta días señalados en el *art. 45*, sobre los que no lo hicieren del suyo en el mismo término. Los que dentro de éste lo hayan realizado no tendrán preferencia entre sí, sin perjuicio de la que corresponda al legatario de especie respecto á los demás legatarios, con arreglo á la legislación común, tanto en este caso como en el de no haber pedido su anotación.

El legatario *(art. 53)* que, transcurridos los ciento ochenta días, pidiese anotación sobre los bienes hereditarios subsistentes en poder del heredero, no obtendrá por ello preferencia alguna sobre los demás legatarios que omitan esta formalidad, ni logrará otra ventaja que la de ser antepuesto para el cobro de su legado al acreedor del heredero que con posterioridad adquiera algún derecho sobre los bienes anotados; esa misma anotación fuera de término *(art. 54)* podrá hacerse sobre los bienes anotados en tiempo á favor de otro legatario, siempre que subsistan en poder del heredero; pero el legatario que la obtuviere no cobrará su legado sino en cuanto alcanzare el importe de los bienes, después de satisfechos los que dentro del término hicieron su anotación.

También puede suceder que, dentro del plazo de ciento ochenta días, el heredero quiera inscribir á su favor en el Registro los bienes hereditarios, siempre que no hubiere algún otro impedimento legal. Mas para que esta facultad no resulte en contradicción con las referidas que competen al legatario, y para que en ningún caso perjudique á éste, el *art. 49* de la *ley Hipotecaria* exige que en el mencionado supuesto los herederos puedan llevar á vías de hecho la expresada facultad, siempre que todos los legatarios renuncien previamente, y en escritura pública, á su derecho de anotación ó, en su

defecto, sean notificados con treinta días de anticipación de la solicitud del heredero, por si durante dicho término quieren hacer uso de aquel derecho de anotación. Ese mismo heredero que solicitare la inscripción á su favor de los bienes hereditarios dentro de los ciento ochenta días, podrá, como medida urgente y previa, anotar preventivamente y desde luego dicha solicitud, cuya anotación no se convertirá en inscripción definitiva hasta que los legatarios hayan renunciado, expresa ó tácitamente, á la anotación de sus legados; y quedará cancelada respecto á bienes que los mismos legatarios hubiesen anotado preventivamente en uso de su derecho.

Mas tratándose de la anotación preventiva de los legados, parece que viene partiéndose del supuesto de que nada hubiera dispuesto previamente el testador acerca de la persona que quedara encargada del pago de aquéllos, ó de que se gravara con este encargo especialmente al heredero ó á los herederos. Entonces son explicables los preceptos del Código hipotecario, que indica el modo de realizar dicha anotación sobre los mismos bienes hereditarios, ó sobre los que pertenezcan á determinado heredero. Pero si de la responsabilidad de la satisfacción de la manda se hace cargo á un legatario, según autoriza el art. 858 de nuestro Código, ¿le corresponderán las mismas garantías expresadas al favorecido con esa segunda manda? Es decir, ¿podrá disfrutar de la anotación preventiva de que el primer legatario disfruta, según la ley Hipotecaria?

Lo que resulta fuera de toda duda es que, en ningún caso, habría de gravar entonces dicha anotación sobre los bienes hereditarios ni sobre ninguno de los de los herederos en particular, porque el legado á que venimos refiriéndonos se ha impuesto exclusivamente con cargo á otro legatario previamente nombrado, el cual, por tanto, será el único que haya de sufrir las consecuencias legales de lo ordenado por el testador, dentro del límite que prescribe el apartado segundo del art. 858 referido.

También debemos descartar el caso de que el testador hubiera constituído el primer legado en cosa inmueble, é impusiera sobre éste especialmente el gravamen de la segunda manda; y el caso en que se trate de una pensión ó crédito impuestos sobre dicho bien raíz; porque entonces del Registro resultarán

tales afecciones, figurando así públicamente el inmueble gravado para todos los que tengan interés en conocer su situación, hasta tanto que por el pago de dichas segundas mandas se cancele en los libros el respectivo asiento, y quede ya, por virtud de esa cancelación, libre tal finca, ó, por lo menos, en lo que se refiere al expresado gravamen hereditario. Asimismo, siendo la cosa del segundo legado determinada é inmueble, el favorecido con la misma por el testador podrá anotarla preventivamente, según para todos los casos dispone el apartado primero del *art. 45* de la *ley Hipotecaria.*

La dificultad propuesta, pues, se concreta al caso en que esa segunda manda consista en cantidad, en bienes muebles, en inmuebles de tercera persona ó en cosa genérica, de cuyo pago ha de responder el primer legatario, pero sin determinársele otra responsabilidad más específica. Y, dentro de estos límites, la cuestión aún debe quedar reducida al supuesto de que el primer legatario posea, según el Registro, algún inmueble de su propiedad ó lo adquiera entonces por virtud del testamento, porque si no sería ilusoria é imposible de realizar la anotación preventiva á que venimos aludiendo, no teniendo sobre qué hacerse efectiva.

Precisamente de esa última distinción nos valdremos para exponer nuestro criterio sobre extremo que no hemos visto tratado en otros autores, y que ha de resolverse con arreglo á un precepto legal de no muy factible interpretación en la ley Hipotecaria.

Si al primer legatario se le lega una cosa inmueble y determinada propia del testador, y se le encarga del pago de otra manda sobre objeto genérico, bienes muebles, inmuebles de tercera persona, créditos, pensión ó entrega de cantidad al legatario segundo, gozará del derecho de anotación preventiva sobre dicho primer inmueble, al margen de cuya inscripción en el Registro se hará la anotación. De esta suerte se cumple aún con la letra del apartado segundo de dicho *art. 45,* el cual ordena que si el legado no fuere de especie, podrá exigir el legatario la anotación de su valor sobre cualesquiera *bienes raíces de la herencia;* é indudablemente por bien raíz de la herencia debemos considerar al inmueble de la misma dejado al primer legatario.

Si á aquél no se lega cosa inmueble y determinada, no creemos que el segundo legatario disfrute del derecho de anotación preventiva, porque no encontramos en los preceptos de la ley Hipotecaria, que tratan de tales particulares, términos hábiles para autorizar esa facultad, que realmente tampoco puede hacerse efectiva cuando sea el heredero obligado al pago de la manda, y no existan bienes raíces en la herencia; al fin y al cabo, esas garantías de los legatarios las estableció la legislación hipotecaria; por tanto, quedarán ilusorias ó irrealizables cuando no existan los bienes inmuebles sobre que han de recaer.

Es de extrañar que dicha ley, en el lugar antes citado, no hubiera previsto especialmente el caso de señalársele al legatario la obligación de pagar la otra nueva manda, para conceder ó denegar al favorecido con ésta el medio de la anotación preventiva; pues ya vimos que, tanto por la antigua legislación, como por el Código civil, lo mismo podía recaer sobre el heredero que sobre el legatario el gravamen que suponen siempre las mandas.

Si se adoptase otro criterio distinto del que antes emitimos, resultaría de mejor condición por la ley Hipotecaria el primer legatario, á quien ha de pagar el heredero, que el segundo legatario, á quien ha de pagar el de igual condición jurídica que fué gravado con tal objeto por el testador.

Muy digna de ser aceptada estimamos la opinión expuesta por los distinguidos tratadistas Sres. Galindo y Escosura en su obra *Comentarios á la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, cuando hacen observar que, si bien el art. 1.039 de la ley de Enjuiciamiento civil declara que no podrán promover el juicio de testamentaría los legatarios de parte alícuota del caudal hereditario, cuando el testador se lo haya prohibido expresamente, no por eso pueden pedir anotación preventiva de su legado, pues si el legatario se ve privado de ejercitar tal derecho de promover la testamentaría, no es por disposición de la ley, sino por voluntad del testador, dándose el derecho de anotación simplemente al que no lo tenga según las leyes para iniciar el expresado juicio universal; y porque además, el legatario de parte alícuota no podría exigir la anotación sobre cosa determinada, ya que ninguna se le había legado especifi

camente, ni anotar su valor sobre otros bienes de la herencia. Éste, por otra parte, tampoco podrá determinarse con exactitud hasta la perfección de los inventarios, pues los bienes sobre que cabría anotarlo pertenecerían á dicho legatario en parte alícuota, y quizá en su totalidad si así se le adjudicaban, pudiendo hasta resultar el absurdo de que el derecho de esa persona se garantizase en todo ó en parte con bienes suyos.

ART. 860. El obligado á la entrega del legado responderá en caso de evicción, si la cosa fuere indeterminada y se señalase sólo por género ó especie.

Concordancias.—Igual al art. 677 del proyecto de 1851 y al 845 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO. – La disposición transcrita enuncia, no un principio general aplicable á toda clase de legados, sino solamente á los genéricos ó señalados por especie, aunque respecto á estos últimos habremos luego de hacer las oportunas aclaraciones y salvedades.

Así como en los contratos onerosos y en las particiones, los contratantes y los coherederos están recíprocamente obligados á la evicción y saneamiento de los bienes que se entregan ó se les adjudican, de igual modo es muy justo y explicable que, tanto el heredero como el legatario, á quienes les fué impuesto por el testador el gravamen del pago de una manda, respondan de las indemnizaciones comprendidas en dicho concepto jurídico.

Según muy exactamente hace observar el Sr. Sánchez Román, en sus *Estudios de Derecho civil*, tomo IV, pág. 556, la evicción y el saneamiento son dos términos de significación diversa, pero representan ideas relacionadas entre sí. La *evicción* tiene del verbo latino *evincere*, ó sea, vencer en juicio, y se llama *res evicta* la cosa obtenida por decisión judicial. Es la evicción el antecedente necesario del *saneamiento*, corolario

éste, á su vez, y complemento de justicia de aquélla. Sanear equivale á dar cosa sana, hasta el punto de que sin un supuesto que haga posible ó cierta la evicción, no hay lugar al saneamiento. En estos términos tan comprensibles y tan exactamente científicos se expresa el referido publicista. Por esto, no hallamos defendible en forma alguna el concepto que de evicción da el Diccionario de la Academia Española, aun tratándose de autoridad tan elevada, al decir que evicción es el saneamiento y seguridad que se da de responder siempre del precio de la cosa vendida, pagada ó prestada.

Como expresa el Sr. Escriche en su *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, esa definición confunde la evicción con el saneamiento, como si las dos palabras fuesen sinónimas, siendo así que evicción significa el acto de vencer á otro, esto es, el acto de quitarle judicialmente una cosa que pertenece al vencedor en el juicio, y saneamiento no es más que la obligación que uno tiene de reparar los daños y perjuicios que se siguieren al vencido por razón del despojo.

Damos estas previas aclaraciones gramaticales porque, aunque de la evicción habremos de tratar extensivamente al hablar de las consecuencias jurídicas del contrato de compra-venta, la evicción, además de ser consecuencia jurídica de dicho contrato, la encontramos comprensible y admitida en otras instituciones, como son la donación, la partición de herencia, la permuta, la dación ó adjudicación en pago, el arrendamiento, la enfiteusis, las transacciones y las dotes. Es decir, en todos aquellos actos en que presida la buena fe y en que medie la entrega, por motivos no puramente graciosos, de cosas de una parte á otra de las obligadas en esas relaciones de derecho. Porque la evicción es una institución jurídica basada eminentemente en la buena fe, que aleja hasta la idea de que los interesados en dichas relaciones puedan implícitamente creerla inexistente. Por esto, al tratar de la compraventa, dice el Código civil que el vendedor responderá de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato, siendo nulo el pacto que exima á dicho vendedor de responder de ella, siempre que hubiese mala fe de su parte.

Aunque el artículo que ahora comentamos no lo exprese claramente, natural es que deban de tenerse presentes los princi-

pios que sobre evicción contiene el Código en el *párrafo 1.°* de la *Sección 3.ª, capítulo IV, tít IV* de su *Libro cuarto.*

La evicción implica en quien se obliga á ella la existencia de una prestación onerosa, puesto que sería impropio exigirla del que gratuita ó graciosamente quiso hacer merced de una cosa suya en beneficio de otra persona. Por lo cual, el mismo artículo 638 del Código, al mencionar uno de los efectos de las donaciones, expresa que el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá de la evicción hasta la concurrencia del gravamen. Por esta misma razón, sería ridículo que exigiera la evicción el legatario ó aun el heredero respecto del testador que, por motivos de verdadera liberalidad, en la gran mayoría de los casos, hizo á aquéllos donación de lo que le pertenecía, aun siendo en consideración á la muerte; y lo que decimos del testador lo hacemos aplicable al heredero, por ser su representante jurídico, después que aquél desaparece de entre el número de los vivos. Á lo cual no obsta el que el art. 1.069 del Código disponga que, hecha la partición de la herencia, los coherederos estarán recíprocamente obligados á la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados; porque las particiones de herencia suponen un verdadero contrato de adjudicación entre dichos coherederos, por virtud del que se hacen cesión unos á otros de los bienes, no que concretamente les haya señalado el testador, á no ser en casos excepcionales en que éste ejercita tal facultad, sino de los que voluntariamente ó por acción judicial resultaren repartidos ó adjudicados; por cuya razón, aun con tales supuestos, la evicción cesa, según el artículo 1.070, cuando el testador la ha prohibido, cuando se hubiere pactado que no se exigiese y cuando los motivos que produzcan la evicción sean posteriores á la partición ú ocasionados por culpa del adjudicatario.

La *Sentencia* de *3 de Febrero de 1863* expresa que, aunque las disposiciones de la *ley 32, tít. V, Partida 5.ª*, se refieren al contrato de compra-venta, es doctrina inconcusa que la obli-
ión de sanear va unida como condición esencial á todo con-
o oneroso.

En cambio, el legatario no se halla con el heredero en las
nas relaciones que con el testador; no es á aquél deudor de

merced alguna, ni por lo tanto con él le ligan vínculos de reconocimiento. El heredero ó el legatario encargado del pago de sucesiva ó sucesivas mandas no hace donación de cosas suyas, sino que se limita á transferir, á traspasar á los favorecidos por el testador los objetos ó bienes de que éste indeterminadamente dispuso. Y al expresar el art. 860, que explicamos, la idea de que la evicción se realizará exclusivamente en los legados de cosa genérica ó de los que se hubiesen señalado solo por especie, muestra el legislador bien á las claras la intención que con ello persigue, porque desde el momento en que el testador no señaló de manera concreta é individual la finca, el bien mueble, el semoviente que quiso se entregara al favorecido, autorizando, por el contrario, al obligado á la entrega del legado para que él los buscara ó adquiriese y los entregase después, ese deudor en realidad es el que debe cerciorarse de las condiciones de seguridad, integridad y ausencia de gravámenes que tales bienes muebles, inmuebles ó semovientes pudieran ostentar en perjuicio de los legatarios á poder de los cuales han de ir á parar.

Tratándose de una cosa legada determinada, ó sea cuando se la designa por sus caracteres distintivos ó diferenciales, de suerte que, al mencionarla, no sea posible confundirla con ninguna otra, el legatario que ha de obtenerla queda ya entonces en relación directa para con el testador; éste figura en ese caso como donante y aquél como donatario, siendo sólo el obligado á la entrega de la manda un intermediario cuya misión resultará cumplida con el traspaso material ó simbólico, en sus respectivos casos, de la cosa legada. Natural y justo es, por tanto, cuando eso suceda, que á dicha persona obligada no se le exijan responsabilidades ó indemnizaciones que no pueden en perfecta lógica jurídica imputársele.

Si el testador comisiona á uno de sus herederos ó legatarios para que entregue á Juan ó Pedro, por ejemplo, el caballo «*Tordo*» que está en sus cuadras, ó la casa número cinco de la calle y población en que tiene su domicilio, esos y no otros objetos habrán de ser entregados, con todas las imperfecciones deméritos y gravámenes que tuvieran, no sólo en la época del otorgamiento del testamento, sino también en la de la muerte del testador; y el valor que ostenten en todas esas circunstan-

cias significará realmente el importe del legado. Si á esos gravámenes ó imperfecciones se hubieren agregado otros, una vez muerto el testador, aprovecharán ó perjudicarán al gravado con el pago de la manda ó al legatario, según la clase del legado y la índole de los diversos casos ó supuestos que distinguen los artículos de la sección presente.

Pero antes de pasar á otro género de ideas, conviene que dejemos establecido lo que parece darse á entender en el art. 860, al disponer que la evicción procederá solamente cuando se designe la cosa legada por género ó especie. Estas palabras tienen un significado absoluto y otro relativo. Género puede constituir, tratándose de animales, *un animal*, y especie *un caballo*. Pero refiriéndose á estos solípedos, género puede ser *un caballo*, y especie *un caballo de raza árabe;* y aun descendiendo más en el supuesto de que es posible parta un testador, género puede éste llamar ó sobreentender á *un caballo de sus cuadras*, y especie á *los caballos blancos que haya en las mismas*.

Tal concepto del género y de la especie creemos que es el que se estudia en la Lógica, cuyas reglas parece que no ha seguido muy escrupulosamente el autor del Código civil al redactar artículos de esta misma sección, como el 882, en que se habla de una consecuencia jurídica del legado de *cosa específica* y *determinada*, cuando parece que gramatical y lógicamente esta última cualidad excluye á la otra, ya que lo determinado es algo más que específico. El último inciso, por consiguiente, del precepto cuyo estudio hacemos se prestaría á menos confusiones y dudas si expresase únicamente que el obligado á la entrega del legado responderá, en caso de evicción, si la cosa fuese indeterminada, cuya idea exterioriza, en nuestro concepto, mejor y más claramente el propósito del legislador.

El Código del Uruguay (art. 868) dispone á tal efecto que el obligado á la entrega de la cosa legada responde, en caso de evicción, si la cosa es indeterminada y *corresponde á un género ó clase*. Y el art. 3.780 del Código de la República Argentina estatuye que el legatario de *cosa cierta* no tiene derecho á garantía de la evicción; pero si el legado fuese de cosa *indeterminada* en su especie, ó de dos cosas legadas bajo alternativa, sucedida la evicción, puede demandar otra cosa de la especie indicada ó la segunda de las cosas comprendidas en la

alternativa. De modo que en estos últimos dos casos el legislador argentino no concede la garantía de la evicción, pues no podemos jurídicamente decir que aquélla existe cuando se reserva al legatario el derecho de pedir otra cosa al obligado á la satisfacción de la manda.

***

¿Qué ideas ó derechos van comprendidos en la evicción de que trata el art. 860? Hacemos esta pregunta, previniendo la consiguiente duda, porque la definición ya citada del art. 1.475 no autoriza más que el saneamiento por evicción á consecuencia de haberse despojado al comprador—al legatario en el caso de que tratamos—por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior al perfeccionamiento ó entrega del legado, *de todo ó parte de la cosa legada.*

¿No habría, asimismo, lugar á dicho saneamiento por los gravámenes ó defectos ocultos de las cosas genéricas ó específicas no determinadas, usando el impropio tecnicismo del Código? Entendemos que sí; por lo menos, si no con arreglo al texto del art. 860, según los principios generales del Derecho, y entre ellos el que declara que «nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro». El testador ha querido que se entregase al legatario el objeto mueble ó inmueble que el obligado á la entrega de la manda escogiera de entre los de la herencia ó adquiriese fuera de ella; y, siempre que la voluntad de ese testador no diera á entender otra cosa, habrá de interpretársela en el sentido de que quiso que ese objeto fuera entregado libre de toda carga, deterioro ó defecto, pues partimos del supuesto de que tales objetos no han sido designados por el testador determinada é individualmente al establecer sobre ellos la manda. Esta misma doctrina se desprende del contexto virtual del art. 882 que más adelante examinaremos.

Si el obligado á la entrega del legado incurriese en mora en el supuesto antes establecido, quedaría además obligado hacia el legatario á la indemnización de daños y perjuicios, á los efectos de los artículos 1.100 y 1.101 del Código, que se refieren á obligaciones, como lo es indudablemente la del que tiene que satisfacer una manda cumplimentando una orden, de carácte sagrado, consignada en una disposición testamentaria.

El Código de la República Argentina (art. 3.779) dispone, á propósito de los dos últimos puntos tratados por nosotros, que los herederos ó personas encargadas del cumplimiento de los legados responden al legatario de los deterioros ó pérdida de la cosa legada y de sus accesorios, ocurridos posteriormente á la muerte del testador, sea por su culpa ó por haberse constituído en mora de entregarla, á menos que en este último caso, las pérdidas ó los deterioros hubiesen igualmente sucedido, aun cuando la cosa legada hubiese sido entregada al legatario.

Que la evicción, por lo menos tratándose de legados, se aplica en algunos otros casos que los que indica el artículo mencionado 1.475, nos lo prueba además el 869 en su párrafo 3.°; pues aun quedando sin efecto el legado, cuando la cosa legada perece del todo viviendo el testador, ó después de su muerte sin culpa del heredero, éste ó el obligado en general al pago de la manda responderán por evicción si dicha cosa hubiere sido determinada en especie, es decir, entregando otra de los mismos caracteres. De suerte que en este caso procederá la evicción, aunque ninguna tercera persona, como parece exigirlo el tan repetido art. 1.475, haya privado al legatario de la cosa legada por virtud de sentencia firme y de un derecho anterior á la entrega del legado ó á la muerte del testador.

Bajo el supuesto anteriormente establecido, el legatario tendrá siempre derecho á la evicción, aunque nada se haya dicho sobre el particular en el testamento ni en las cláusulas del documento que en su caso hubiere mediado al entregarse el legado; si bien deberá respetarse el pacto ó, mejor dicho, condición, por virtud de la cual, no mediando mala fe alguna, se hubiera eximido al obligado á dicha entrega de la responsabilidad del saneamiento por evicción.

Si el legatario renunciara al ejercicio de este derecho, llegado el caso de verse desposeído de la cosa legada ó cuando en general hubiera lugar á la evicción, el encargado del pago de manda cumpliría con entregarle únicamente el precio que la erida cosa haya tenido en uno de los dos momentos que es expresamos: el de la muerte del testador ó el de la en-ga del legado, según la clase de éste, es decir, según sea o ó condicional, como así lo viene á significar el art. 881,

que determina el instante desde el cual el legatario adquiere derecho á la manda.

La expresada entrega deberá realizarse, á no ser que el legatario hubiese también hecho renuncia de ella al declararse conocedor de los riesgos de la evicción y sometídose á sus consecuencias. De lo cual se desprende que con mayor motivo podrán, el pagador del legado y el legatario, entre sí, aumentar, disminuir ó suprimir la obligación de eviccionar, á no ser, repetimos, cuando por parte del primero mediase mala fe.

Declarada procedente la evicción en cualquiera de los supuestos antes distinguidos, el legatario tendrá derecho á reclamar del referido pagador la restitución del precio de la cosa legada en la forma antedicha, sus frutos y rendimientos, en el caso de que él tuviera que entregarlos al que venció en la contienda judicial, y cuando ésta no mediara, siendo el legado específico ó de cosa determinada, los frutos y rentas pendientes; pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte del testador (§ 1.° del art. 882); y tratándose de un legado genérico ó de cantidad, los frutos é intereses producidos desde dicha muerte, sólo cuando el testador así lo hubiere dispuesto éxpresamente; las costas del pleito que haya motivado la evicción, y en su caso, las que se ocasionaran en el litigio que hubiere mantenido con el obligado al pago de la manda; los gastos que en la escritura de entrega de aquélla se hayan hecho; y, por último, los daños é intereses y los gastos voluntarios ó de puro recreo que el legatario invirtiera en la cosa legada, ó que se le produjeran con motivo del disfrute de la misma, caso de que las personas encargadas por el testador de la satisfacción de la manda hubieran procedido en este encargo con mala fe.

Siempre que el legatario perdiese, por efecto natural de la evicción, una parte de la cosa legada de tal importancia con relación al todo, que sin dicha parte no la hubiera admitido, podrá devolverla al que se la entregó, pero sin más gravámenes que los que tuviere al adquirirla, y entonces le quedará el derecho, como es de razón, de reclamar del obligado al pago de la manda los frutos, costas y gastos en la manera anteriormente explicada, en su justa proporción y cuantía, según las diversas circunstancias que se presenten.

Mediando contienda judicial, el legatario no podrá exigir el saneamiento por evicción hasta que en aquélla recayere sentencia firme que condene á dicho legatario á la pérdida de la cosa objeto de la manda ó parte de la misma, siempre y cuando además resulte de los correspondientes autos que se notificó la demanda de evicción, á instancia del mismo legatario, al encargado del pago del legado, pues no mediando ambos requisitos procesales desaparece dicha aplicación. Al efecto, ese legatario habrá de solicitar (art. 1.482 del Código), dentro del término que la *ley de Enjuiciamiento civil* señala para contestar á la demanda, según la clase de juicio declarativo ó especial de que se trate, que aquélla se notifique á dicho encargado y se le emplace del modo que esa ley adjetiva prescribe, quedando entonces en suspenso el término de contestación del legatario mientras no espire el plazo que para comparecer y contestar á la demanda se hubiere señalado con el expresado objeto. Si el que debe entregar la manda no compareciera en tiempo y forma, continuará la tramitación del pleito, correspondiéndole entonces al legatario contestar á la reclamación contra el mismo formulada.

Puede presentarse otro caso de evicción: si la cosa inmueble legada apareciere gravada con posterioridad á la muerte del testador (sin mencionarlo tampoco la escritura de entrega, cuando haya mediado) con alguna carga ó servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse que no lo habría admitido el legatario si la hubiera conocido, y con la certeza de la constitución del gravamen, muerto ya dicho testador. En tal caso, aquél podrá devolver la finca, y reclamar su precio, frutos y gastos consiguientes, á no preferir la indemnización que proceda por el demérito que para el inmueble representen esas cargas ó servidumbres; en el primer caso, tiene de plazo un año, á contar desde la entrega del legado, y en el segundo el mismo plazo, pero contado desde el día en que haya descubierto el referido gravamen.

Tales son las prescripciones que, en lo pertinente, entresanos de los artículos 1.475 al 1.483 del Código y de los que man la presente *Sección décima* del mismo, supliendo un trajo que, al menos, por generales indicaciones, debió haber cho el legislador.

Igual advertencia hacemos con respecto á los artículos 1.484 al 1.499, cuya aplicación sea pertinente á la materia de mandas, pues, como antes hemos expuesto, en los legados cabe asimismo el saneamiento por los defectos ó gravámenes ocultos de la cosa objeto de la manda. Por tanto, en ese caso, el obligado al pago de la manda sólo estará sujeto á dicho saneamiento si tales defectos ocultos la hacen impropia para el uso á que se la destina, ó si disminuyeren de tal modo este uso que, de haberlos conocido el legatario, no la habría admitido; pero dicha primera persona no será responsable de los defectos manifiestos ó que estuvieren á la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el legatario es un perito que, por razón de su oficio ó profesión, debía fácilmente conocerlos. Responderá también de esos mismos vicios ó defectos ocultos, aunque los ignorase, á no ser que se haya estipulado lo contrario.

Llegado el caso de hacer efectiva esa forma de saneamiento, el legatario podrá optar entre negarse á recibir el legado, reintegrándosele de los correspondientes gastos, ó exigir el importe del demérito que esos vicios ó defectos representen para la cosa legada; y además, en el primer caso, si el obligado á la entrega de la manda conocía aquéllos y no se los hubiere manifestado, podrá exigirle indemnización de daños y perjuicios.

Conociendo esa persona obligada los vicios ocultos, si por ellos se pierde el objeto legado, sufrirá la pérdida, y habrá de entregar al legatario el importe de aquél, ú otro de iguales condiciones que el designado por el testador, con más los gastos legítimos y los daños y perjuicios; si no medió tal conocimiento, cumplirá únicamente con abonar el valor del objeto legado, ó entregar otro de éstos equivalente. Cuando la cosa en que consiste la manda tenga algún vicio oculto al tiempo de su entrega, y se pierda después por caso fortuito ó por culpa del legatario, podrá éste reclamar del encargado por el testador de la entrega, el importe, pericialmente graduado, de dicha cosa con la rebaja del valor que ésta tenía al tiempo de perderse; y si ese encargado obró de mala fe, podrá exigir, además, los daños é intereses.

Las acciones correspondientes á los referidos derechos que asignamos al legatario, se extinguirán á los seis meses, contados desde la entrega de la manda.

Si ésta consistiese en cosas genéricamente legadas por el testador (dos ó más caballos), y no de los de su pertenencia, el saneamiento por los vicios ó defectos ocultos de los mismos sólo se realizará con respecto á los viciosos, á no ser que aparezca que el legatario no habría admitido el sano ó sanos sin el vicioso; presumiéndose esto último en los animales cuando se trata de un tiro, yunta, pareja ó juego.

No podrá obligarse al legatario á recibir ganados ó animales si, expresándose en el mismo testamento el servicio ó uso en que han de emplearse, resultaren inútiles para prestarlo.

Cuando el vicio oculto de los animales, aunque se haya practicado reconocimiento facultativo, sea de tal naturaleza que no basten los conocimientos periciales para descubrirlo, se reputará redhibitorio, y, por tanto, el profesor que, por ignorancia ó mala fe, dejara de descubrirlo ó manifestarlo, será responsable de los daños y perjuicios. La acción redhibitoria que se funde en los vicios ó defectos de los animales, deberá interponerse dentro de cuarenta días, contados desde la entrega de aquéllos al legatario, salvo que, por el uso en cada localidad, se hallen establecidos mayores ó menores plazos, cuya acción sólo podrá ejercitarse además respecto de los vicios ó defectos que estén determinados por la ley ó por usos locales.

Si el animal legado muriese á los tres días de entregado, serán responsables el heredero ó el otro legatario encargados de la entrega, siempre que la enfermedad que ocasionó la muerte existiera antes de tal entrega, á juicio de los facultativos.

Llegado el caso del saneamiento del animal, éste será devuelto en el estado en que fué entregado, siendo responsable el legatario de cualquier deterioro debido á su negligencia, y que no proceda del vicio ó defecto redhibitorio.

En los legados de animales y ganados con tales vicios, gozará asimismo el legatario de la facultad de optar entre no admitir la manda, siempre que se le abone su importe ó el equivalente en especie, ó admitirla con el abono de una cantidad proporcional de su precio, á juicio de peritos; pero de tal facultad deberá usar dentro del mismo término de cuarenta días para el ejercicio de la acción redhibitoria, queda señalado anteriormente.

ART. 861. El legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado á adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, á dar á éste su justa estimación.

La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena, corresponde al legatario.

Concordancias.—Semejante al art. 679 del proyecto de 1851 é igual al 846 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª; tit. IX, ley 10.* ... Otrosi dezimos, que si el fazedor del testamento mandasse cosa agena a otri, sabiendo que non era suya, nin de su heredero, tenudo es el heredero de la comprar, e de darla a quien fue mandada... E para saber la verdad, si el testador sabia que aquella cosa era agena, quando la mando, ha menester que aquel a quien es fecha la manda, que lo prueue; e si lo prouare deuela comprar el heredero, e dargela, si gela quisieren vender. E si por auentura non la pudiere auer por compra, o le demandassen por ella mayor precio de lo que vale: estonce el heredero deuele dar tanto por ella a aquel a quien fue mandada, quanto apreciaren dos omes buenos, que podria valer. Mas si non pudiere prouar, que el fazedor del testamento sabia que aquella cosa que mandaua era agena: estonce non deue auer ninguna cosa, por razon de tal manda, aquel a quien fue mandada. Fueras ende si fue fecha manda de tal cosa, a tal persona que ouiesse allegança con el fazedor del testamento, assi como si la fiziere a su muger, o algund ome que fuere pariente del mismo: ca en tal caso como este, entiendesse que si el testador sopiesse que la cosa que mandaua á alguna de las personas sobredichas, que era agena, que le mandaria dar, o comprar de sus bienes propios, tanto quanto asmassen que podria valer aquella cosa agena...

Partida 6.ª, tit. IX, ley 43.—Rescibiendo algund ome en manera de donacion, aquella cosa misma que algund testador le ouiesse mandado, quier gela diesse aquel que la auia mandado, o otro qualquier que la touiesse, non puede demandarla despues, por razon de aquel testamento en que le fue mandada...

E aun dezimos que si aquel a quien es mandada alguna cosa en testamento o en codicilo, de otro, la ganasse despues por compra, o por cambio, de alguno que la touiesse, estonce aun bien puede demandar al heredero del testador, la estimacion della e el deuegela pagar.

Partida 6.ª, tit. IX, ley 44.—Vna, o vna viña, o otra cosa qualquier, seyendo mandada a algun ome en testamento de dos testadores que lo fiziessen apartadamente, si acaesciesse que aquel a quien la mandaron, que ouiesse primero la estimacion de aquella cosa del heredero del vn testador: bien puede por esso aun demandar al heredero del otro, que le dé aquella cosa que le fue mandada. Mas si primeramente rescibiesse aquella cosa misma, que le fue mandada del heredero del vn testador, auiendo la possesion e la propriedad della, de manera, que segund derecho, non gela pudiessen contrallar, estonce non podria demandar la estimacion della al heredero del otro que gela auia dexado.

Partida 6.ª, tit. IX, ley 37.—... Mas si la cosa mandada fuesse agena, deuela comprar el heredero, e darla a aquel a quien el testador la mando dar...

Partida 6.ª, tit. IX, ley 38.—... Mas si el heredero dixesse que aquella cosa que ouiesse mandado a otro el testador, era agena, e la tuuiesse tan cara aquel cuya fuesse, que la non pudiesse comprar si non por mucho mas de lo que valia, o si non la quisiesse vender: estonce dezimos, que abonda que el heredero entregue a aquel a quien es fecha tal manda, de la estimacion della, quanto pudiesse valer comunalmente...

ART. 862. Si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado.

Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento.

Concordancias.—Análogo al art. 679 del proyecto de 1851 é igual al 847 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. IX, ley 10.*—Mas si el testador a la sazon que la mando, cuydasse que era

suya, e fuesse agena, estonce el heredero non es tenudo de la comprar, nin de darle la estimacion della.....

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 861 Y 862.—No puede así de ligero y como de primera impresión tacharse de sutileza inadmisible la teoría que en el Derecho romano consagraba la perfecta validez del legado de cosa ajena, aunque las legislaciones modernas, en su mayor parte, la contradigan. Dice Laurent, robusteciendo con su autoridad esta nuestra observación, que no es justo acusar por tal motivo á los jurisconsultos romanos, cuando no han hecho más que interpretar, con su arte y delicadeza habituales, la voluntad del testador. El Derecho es útil por naturaleza, y las distinciones son de esencia suya; no procediendo, pues, reprochar á los jurisconsultos, nuestros maestros, de aquello que es precisamente su título de gloria.

En efecto: todas esas aparentes anomalía y sorpresa que produce la simple enunciación de la validez del legado de cosa ajena, quedan reducidas á una mera cuestión de palabras. No hay tal legado de cosa ajena: hay el gravamen que el testador impone á un heredero ó legatario de adquirir para tercera persona, también legataria, una cosa que le constaba perfectamente no pertenecerle, siendo, por tanto, preciso adquirirla de su legítimo dueño y poseedor mediante justa estimación, ó entregar ésta á dicha persona, siempre que aquél no se aviniere voluntariamente á desprenderse de ese dominio. Ni el art. 861 de nuestro Código, ni los preceptos del Derecho romano ó de la legislación de *Partidas* sobre el particular establecen ni podían establecer un caso de expropiación forzosa, cuando al testador se le antojase ceder á un legatario bienes inmuebles ó muebles cuya propiedad no le correspondiese.

Como dice Escriche, hiriendo la dificultad del problema en su *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, la facultad que se concede á los testadores de legar la cosa ajena, no causa perjuicio alguno á su dueño, pues que no liga sino á los herederos, por la obligación que se les impone de satisfacer el legado en especie ó en estimación, de cualquier modo qu hagan el pago, siempre que resulte que toman el precio d patrimonio del difunto; de suerte que, aun cuando el testad lega las cosas ajenas, no dispone, en realidad, sino de lo suy

En lo que no convenimos con Escriche es en que dicho legado constituya una obligación alternativa. Opinamos mejor, de conformidad con el eminente tratadista francés antes citado; porque el testador no dice ni da á entender que pueda entregarse esa cosa ajena, ó bien su estimación, hasta el punto de que, según el art. 1.131 del Código, basta con cumplir, á elección del obligado á la entrega (art. 1.132), una de las diversas prestaciones que se le designaron. En el legado de cosa ajena, lo que el testador hace es ordenar la entrega de una cosa que le consta es de otro, siendo posible adquirirla legítimamente de su dueño, y subsidiariamente, es decir, sólo á falta de esa posibilidad, se conforma con que se dé al legatario el justo importe de tal cosa. Al legatario universal, pues, dice Laurent, refiriéndose al que en la legislación francesa desempeña análoga misión á la del heredero en la nuestra en materia de legados, no le bastará pagar, desde luego, ese importe para cumplir la obligación que se le impone; precisa primero hacer ofertas al dueño de esa cosa ajena para el testador, y solamente cuando esas ofertas hubieran sido rechazadas, deberá pagar la suma que, según la intención del causante, importaría el objeto legado.

Por otra parte, en la generalidad de los casos es presumible, racional y verosímilmente pensando, que el testador no constituya tal forma de legado, limitándose á expresar que deja á fulano de tal, por ejemplo, el fundo de Juan; haciéndose, por tanto, después indispensable entrar en averiguaciones para justificar que á dicho testador le constaba que tal fundo no era de su propiedad. Lo que ocurrirá casi siempre es que el que otorga un testamento, con vista de las graves consecuencias que en todos los órdenes ha de producir aquél para después de la muerte, tendrá en cuenta todas y cada una de las circunstancias que hagan más clara y fácil de cumplir la última voluntad en ese y otros extremos, manifestando, para evitar confusiones, que es su deseo legar á tal persona la casa tal de la calle tal, que, por no ser suya, deberá ser adquirida por el heredero ó atario á quienes grave con ese legado, siempre que sea pole obtenerla por arreglos equitativos con su dueño.

Tal idea, más ó menos perfectamente expresada, es la que lógica y el buen sentido nos enseñan, que seguramente se

deducirá de la forma con que aparezcan expresados los legados de cosa ajena en su mayor parte. Y para los casos de excepción, es decir, para las ocasiones en que el testador haga simplemente la designación de un objeto que lega, resultando no pertenecerle, sin que tampoco diga ni dé á entender nada respecto al particular, ¿por qué ha de parecer impropia la declaración de validez de una manda perfectamente sostenible en la ortodoxia del Derecho civil, siempre que después aparezca probada la especie de que el testador sabía perfectamente que dicha cosa no estaba entonces en su patrimonio, aunque se le olvidara en el testamento darlo á conocer, ó no lo creyera indispensable para la inteligencia ya conocida ó interpretación debida de las cláusulas testamentarias? ¿No sería esto restringir el legítimo alcance de las últimas voluntades, que todos los legisladores y todos los tratadistas han estado conformes en ampliar y respetar hasta sus últimos límites, considerándolas como la verdadera ley primordial y preferentemente atendible en materia de sucesiones?

Se han formulado, pues, con alguna exageración, en nuestro concepto, los temores indicados por algunos civilistas y el jurisconsulto Treilhard ante el Consejo de Estado francés, al informar sobre la doctrina de los legados de cosa ajena, con motivo de la publicación del Código civil, respecto á la dificultad de probar el extremo de si el testador sabía ó no que la cosa ajena legada tenía tal cualidad, y á las consiguientes reclamaciones judiciales que tal dificultad supondría.

Debe de existir una amplia libertad en los Códigos en cuanto á determinar las cosas que pueden ser objeto de legado, á fin de que por tal medio el testador cuente con facilidades para subvenir á todas las exigencias que puede satisfacer en su testamento, tratándose de personas á quienes sea deudor de gratitud ó de protección. Y así como el mismo Derecho supone acertadamente que los testadores no han podido burlarse ni consignar afirmaciones caprichosas ó inútiles en sus últimas voluntades, de la propia suerte debe darse alguna significación y otorgar algún respeto á la cláusula de un testamento comprensiva de una manda de cosa que no pertenezca al testador.

Por otra parte, los Códigos no tienen prohibido que aquél

pueda instituir herederos ó nombrar legatarios, á quienes imponga el gravamen de que hagan tal ó cual cosa; y un hecho perfectamente natural y concebible es que esos herederos ó legatarios den los pasos necesarios para llegar á adquirir esa cosa ajena, interviniendo al efecto con su dueño, y no siendo hacedera la adquisición, entreguen el valor que el dictamen pericial asigne á la misma.

Nuestro art. 861 virtualmente encierra la misma doctrina que estableció Justiniano en el § *4.°*, *tit. XX del lib. II* de sus *Instituciones*, donde dice que no solamente pueden ser legadas las cosas del testador, sino también las del heredero y las ajenas; respecto de éstas últimas, el heredero está obligado á adquirirlas y darlas, y en caso de que no pueda adquirirlas, á satisfacer su estimación; debiendo sobreentenderse, cuando se habla de la validez del legado de cosa ajena, que el testador sabía que lo era; no si lo ignoraba, porque quizá no la hubiera dado á haber conocido la verdad. Esta misma explicación ha sido transcrita á una de las leyes de *Partidas* anotadas en los *Precedentes legales*.

Como el precepto que comentamos exige terminantemente, y sin prever ninguna distinción ni excepción, la circunstancia de que conste que el testador sabía que la cosa no era suya, de evidente modo da á entender la derogación de la *ley 10, título IX, Partida 6.ª*, que no requería tal exigencia cuando la manda de cosa ajena se hiciera á persona allegada al testador, por ejemplo, á su mujer ó á algún pariente; sin que nos haga variar de parecer el argumento del Rey Sabio, al expresar que en tal caso como ese, si el testador mandaba á alguna de dichas personas cosa que sabía era ajena, significaría que se les diera ó comprara de sus bienes propios tanto cuanto juzgaran que podría valer la referida cosa. Del silencio completo del autor del Código sobre ese particular deducimos, pues, que no ha de reputarse vigente tal excepción, que pugna, además, con el carácter é interpretación restringida que debemos asignar al legado de cosa ajena. Garantidos están suficientemente los derechos y respetables preferencias de los parientes del testador en nuestro organismo sucesorio, para que, aun en caso concreto referido, hayamos de atribuirles mayores consideraciones que las debidas en justicia.

Dicha excepción la patrocina hoy el Código chileno en su artículo 1.107.

El párrafo último del art. 861 asimismo está tomado de un *Rescripto* romano del Emperador Pío, según el cual, al demandante, esto es, al legatario incumbe probar que el testador lo ignoraba, porque siempre la necesidad de probar es del que demanda. Además de esta convincente argumentación jurídica, hay la presunción de que el heredero tiene á su favor la verosimilitud cuando el testador nada ha dicho ni nada da á entender respecto á las circunstancias de ser ó no ajena la cosa que lega; porque es más presumible suponer que todo hombre tiene perfecto conocimiento de lo que le pertenece y de lo que es de tercera persona.

El legatario habrá de poner en práctica la obligación que le indica el referido párrafo cuando, por negarse el encargado del pago del legado á satisfacer éste, sea precisa la intervención de los Tribunales de justicia, los cuales, mediante la prueba apertada, estimarán la validez ó nulidad de la manda en litigio; porque constituye además un principio de Derecho procesal, comprobado hasta la saciedad por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el que demanda debe probar la acción de que hace uso.

Esa alusión que contiene la última parte del precepto que comentamos á la reclamación, es evidente; pues estando, como ya dijimos, la verosimilitud y orden natural de las cosas contra el legado de cosa ajena hecho por el testador, sin mostrar ó indicar la creencia de que dicha cosa pertenecía á otro, y favoreciendo esa presunción al encargado de satisfacer la manda, si éste se niega á acceder á la petición del legatario relativa al cumplimiento de lo que el testador en la expresada forma dispuso, se verá dicho legatario en la precisión de reclamar y ventilar los que crea sus derechos ante la autoridad y por el procedimiento que las leyes tienen establecido para hacer efectivas nuestras acciones.

Apareciendo del litigio entablado ó de la aquiescencia que el legatario preste á los datos que arroje de sí el mismo testamento, que el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, el art. 862 declara nulo el legado, es decir, como si no se hubiese hecho. En tal caso, no es necesario pensar ni procede

aplicar el art. 888 de nuestro Código, es decir, refundir dicho legado en la masa de la herencia, por no haber tenido efecto; porque lo que á lo sumo podría incluirse en la masa hereditaria sería la cantidad de dinero necesaria para adquirir esa cosa ajena que el testador equivocadamente tenía por suya. Mas, no habiendo necesidad de acudir á esa adquisición, ni siquiera subsidiariamente, es ilógico tratar de que ese legado, nulo por ministerio de la ley, produzca el efecto de dar vida á una obligación de reservar tal suma de dinero para otros usos distintos de los que perseguía esa manda en la mente del testador.

El último apartado del art. 862 tiene su claro fundamento jurídico en el principio de que los derechos hereditarios de una persona se refieren siempre á los que ésta haya dejado á su muerte, porque sólo con relación á este momento puede saberse cuáles son su activo y su pasivo. Dice terminantemente el art. 657 del Código, que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde su óbito. Y si bien es cierto que la cosa legada no estaba en el patrimonio del testador cuando éste otorgó su testamento, lo estaba á la hora de su muerte. La intención, por otra parte, de dicho testador de favorecer al legatario con una merced ó donación está bien patente en el testamento, y aunque se presentara después la imposibilidad de hacerse efectiva por la circunstancia que prevé el párrafo primero del art. 862, es decir, por virtud de una causa objetiva, desaparecida ésta por haber adquirido la cosa legada el testador antes de la muerte y después de convencerse de que no le pertenecía, se completan y aúnan los motivos de carácter subjetivo y objetivo, produciendo un legado cuya validez perfecta, tal como la sanciona el Código, no contradice el principio en que descansa la sucesión testamentaria, ó sea el del respeto é inviolabilidad que debe merecer la voluntad postrimera de una persona.

Las cuestiones que proponen algunos tratadistas, y que ya aparecen resueltas, tanto en el Derecho romano como en la legislación de *Partidas*, respecto al caso de que el legatario hu-
se adquirido la cosa que se le legó en el testamento, también soluciona hoy el art. 878 del Código, que luego examina-
os. Éste ordena que si la cosa legada era propia del lega-
o á la fecha del testamento, no vale el legado, aunque des-

pués haya sido enajenada; si el legatario la hubiere adquirido por título lucrativo después de aquella fecha, nada podrá pedir por ello; mas si la adquisición se hubiere hecho por título oneroso, podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla.

Lo que no encontramos resuelto en el Código es lo que habrá de hacerse para el caso de que precisamente la cosa ajena legada hubiere sido dejada en dos distintos testamentos; supuesto algo improbable, pero que, sin embargo, había sido previsto, tanto por la legislación romana como por la del Rey Sabio. Una y otra estatuían (§ *6.°, tit. XX, lib. II* de la *Instituta Justinianea,* § *3.°* de la *ley 34, lib. XXX del Digesto* y la *ley 44* de *Partidas,* anotada en los *Precedentes legales),* que si una misma cosa se debe á alguno por dos testamentos diferentes, conviene distinguir si ha adquirido aquél la cosa ó la estimación, porque si por el testamento del causante primeramente fallecido ha conseguido la cosa, no tiene acción, puesto que la adquisición ha sido por causa lucrativa; mas si ha adquirido la estimación, le queda el derecho de reclamar la cosa.

¿Podrán mantenerse tales soluciones dentro del Código vigente? Opinamos sin duda alguna en sentido afirmativo, dado el mismo contexto del antes transcrito art. 878, pues si la cosa fué entregada por virtud de uno de los dos testamentos, el legado queda anulado, ya que el objeto designado por el testador lo adquiriera el legatario por título lucrativo, y si la estimación fué la que á aquél se entregó solamente, el encargado del pago de la manda del segundo testamento ha de cumplir lo que se le prescribe en el art. 861, que comentamos, es decir, ver si es posible la entrega de la cosa, y en caso contrario, su valuación pericial; pues ya sabemos que este segundo extremo es subsidiario del primero.

Los mismos Códigos extranjeros que prescriben el legado de cosa ajena, ó sean los de Francia (art. 1.021), de Méjico (3.538), de Guatemala (870) y del Uruguay (870), dan á entender que tal prohibición no reza con los legados de cantidades, de cosas indeterminadas, de cosas genéricas, ni con los legados alternativos; pues dice Rogron, al comentar la disposición francesa sobre el particular, que si el testador lega un caballo, aunque

no lo haya en la herencia, el legado es válido, y los herederos están obligados á comprar un caballo, porque esa ha sido evidentemente la intención del testador.

Laurent da la razón de esa disposición diciendo que no basta que el testador legue una cosa que no posea en el momento en que testa para que haya un legado de cosa ajena; es preciso que la cosa pertenezca á un tercero determinado, lo que implica que la cosa también debe ser determinada. De suerte que el legado de que estamos tratando en el presente comentario es el de cosa ajena determinada.

***

Resuelta la cuestión fundamental, ó sea la de acreditar que el testador legó una cosa que sabía era ajena, ya por declaración de una sentencia firme de Tribunal competente, ó porque el encargado de cumplir la manda no haga oposición á ese extremo y desde un principio se avenga á ejecutar en tal particular la voluntad del testador, entra la aplicación de la segunda parte del art. 861. Ya dijimos que éste no prescribe ni podía autorizar una expropiación forzosa contra el dueño de la cosa legada que el testador ya consideró que no le pertenecía. En tal sentido, dicho encargado está en el deber de poner de su parte todos los medios racionalmente hacederos para conseguir en favor del legatario la citada cosa.

Y, por lo mismo que la expropiación forzosa no procede, si dichos medios no dan resultado en tal sentido, bien porque ese propietario no se decida á desprenderse del dominio del objeto en cuestión, bien porque imponga para su cesión condiciones demasiado onerosas, que no admita el que ha de satisfacer el legado, ó bien que, por otro cualquier motivo, dicho encargado se vea imposibilitado para adquirir esa cosa, cumplirá con entregar al legatario el importe en dinero ó en especie, á elección del último, que á ese objeto asignen peritos del ramo, si no hubiera avenencia entre tales deudor y acreedor. Esta apelación al dictamen pericial lo mismo podría tener lugar conviniéndose aquéllos en someter extrajudicialmente sus diferencias al parecer de personas técnicas, que por virtud de recla-

mación judicial que el uno dedujere contra el otro para obtener la efectividad de los que creen sus respectivos derechos.

Huelga hacer más amplificaciones sobre puntos que están ya bien claramente previstos y resueltos por el Código.

Las reglas por que ha de regirse el legado de cosa ajena indeterminada no son propias de este comentario, y nos reservamos exponerlas oportunamente.

ART. 863. Será válido el legado hecho á un tercero de una cosa propia del heredero ó de un legatario, quienes, al aceptar la sucesión, deberán entregar la cosa legada ó su justa estimación, con la limitación establecida en el artículo siguiente.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos.

Concordancias.—Semejante al art. 680 del proyecto de 1851 é igual al 848 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.— *Part. 6.ª, tit. IX, ley 10.ª*— De las personas que pueden fazer mandas, diximos en las leyes ante desta, e otrosi de los que las reciben. E tal manda como esta, es llamada en latín, *de legatis primo*. E agora queremos mostrar de quales cosas pueden ser fechas las mandas, o que dize en latín otrosí *de legatis secundo*. E dezimos que el testador puede fazer mandas tambien de las cosas suyas como de las de aquel que establesce por su heredero. E por ende tenudo es el heredero de dar e de pagar las cosas que assi dexasse o mandasse aquel que lo estableció, quier sean suyas, del heredero, quier del testador...

ART. 864. Cuando el testador, heredero ó legatario tuviesen sólo una parte ó un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado á esta parte ó

derecho, á menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero.

Concordancias.—Análogo al art. 681 del proyecto de 1851 y al 849 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 863 Y 864.—Al comentar los artículos anotados, en realidad, seguimos tratando del legado de cosa ajena, porque, con relación al testador, ajena es la cosa propia del heredero ó de un legatario. Sin embargo de esto, ciertos tratadistas extranjeros, en los países cuyos Códigos no admiten el legado de cosa ajena, queriendo salvar las contradicciones que pudieran apreciarse al proscribirse aquél y al admitir después, aunque sea simplemente, por declaraciones de la jurisprudencia, los legados de objetos propios del heredero ó del legatario, tratan de demostrar que en el fondo no son lo mismo unas y otras formas de legar, ó, por lo menos, no se fundan en igual principio, ni persiguen idéntico propósito.

Estos inconvenientes produce el no haber seguido tales Códigos las enseñanzas, siempre sabias y previsoras, á no ser en lo propio de cada época, del Derecho romano y del consignado en la legislación del Rey Sabio.

El mismo Laurent afirma que ha sido muy controvertida la cuestión referente á la validez del legado de cosa propia del heredero ó del legatario universal. El jurisconsulto, también francés, Merlin *(Repertoire,* palabra *Legs)*, adoptando un criterio más lógico sobre el particular, entiende que, el admitir dichas últimas especies de mandas, equivale á autorizar al testador para que pueda hacer indirectamente lo que el legislador prohíbe hacer directamente. Laurent, para destruir, entendemos que sólo en apariencia, la fuerza de ese argumento, distin-

entre el legado de cosa propia del heredero ó legatario, si
ace imponiendo á éstos esa misma carga de entregar dicha
a al tercer legatario, y el que no se hace en ese sentido. El
nero lo considera perfectamente lícito y sostenible, aun
tro de la legislación de su país, y el segundo lo prohíbe;

porque entiende que en el primer caso el testador no trata de eludir la ley, pues que dicta una disposición diferente de la que la ley ha previsto. Algunas resoluciones de la Jurisprudencia francesa, que cita Rogron, confirman el parecer de Laurent.

Los principios según los cuales, tanto el Derecho romano y de *Partidas* como el presente Código civil, explican el legado de cosa del heredero ó de un legatario, son los mismos que exponen dichos últimos tratadistas francés y belga, es decir, además de tener su fundamento en la libre voluntad del testador y en sus extraordinarias facultades de última hora, para ordenar su testamento en la forma que mejor le parezca, sin lesionar derecho alguno de tercero, como hemos visto que no se lesionan tratándose del legado de cosa ajena, se apoya tal forma de legar, por lo que afecta á las cosas que pueden ser su objeto, en que, tanto al heredero como al legatario, puede imponer quien les nombra las condiciones y gravámenes que estime conveniente; pues, respetándose siempre los derechos que lleva consigo la cualidad de heredero forzoso, á los que en modo alguno podrá atentar el testador, dichos heredero y legatario son árbitros, llegado el momento oportuno, de aceptar esos cargos, con todas las consecuencias y compromisos que llevan anejos, ó de renunciarlos. Por esto dice el Código portugués (art. 1.883) que, de lo contrario, tendrán que renunciar á la herencia ó al legado.

No hay necesidad de que tales condiciones ó gravámenes aparezcan explícita y sacramentalmente establecidos en el testamento por el testador, como parece dar á entender Laurent al tratar de hacer conciliable la validez del legado que estudiamos con el espíritu de la legislación francesa sobre el particular, sino que, sin limitación de ninguna especie en la manera de constituir la manda, el testador puede legar cosas de su heredero ó de un legatario, siempre que con ello no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

El art. 863, de acuerdo con el que contiene el principio fundamental en materia de legados, equipara el heredero y el legatario en la posibilidad de que al afectarles el testador con el pago de un gravamen, resulte disminuído el importe de la herencia ó de la manda con la que va destinada á ese tercero le-

gatario, pues que dicho testador ya sabemos, por el art. 858, que podrá gravar con mandas ó legados, no sólo á su heredero, sino también á los legatarios, aunque tratándose de éstos, el referido gravamen no podrá exceder del importe de lo dejado al legatario encargado del pago del segundo legado.

Lo que indudablemente quiere dar á entender el art. 863, al expresar que el heredero ó legatario, al tiempo de aceptar la sucesión, han de satisfacer la cosa legada ó su justo valor, es que, por consecuencia de la aceptación de la herencia ó del legado, aquéllos habrán de cumplir la condición que les fué impuesta por el testador, sin cuyo requisito no pueden ni ostentar los derechos de tales heredero ó legatario, ni entrar en el disfrute de lo que por tal concepto les fué dejado en testamento. El acto de la aceptación es por completo independiente del de entrega del legado, y cada uno está sujeto en el Código á diversos principios y reglamentación.

La aceptación, por sí sola, podrá ser necesario llevarla á cabo pasados nueve días después de la muerte de aquel de cuya sucesión se trate, ó en el caso de que un tercer interesado inste en juicio para que la aceptación ó la repudiación tengan lugar dentro de un término que el Juez fijará, sin que pueda exceder de treinta días (artículos 1.004 y 1.005 del Código); y la entrega del legado, por ser éste condicional ó constituído á plazo ó bajo otra variada diversidad de modalidades, se deberá hacer muchas veces después del momento de la aceptación. Es decir, como ya previene el art. 885, el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega al heredero ó albacea, ó al legatario gravado, añadimos nosotros, rigiendo dicha obligación con el segundo cuando se halle autorizado para ello.

El art. 863 expresa que el gravado con el pago de la manda entregará la cosa legada ó su justa estimación. ¿Quién, del acreedor ó del deudor, en ese caso concreto, será el que ha de resolver si la entrega ha de consistir en la del objeto legado ó en la de su importe regulado pericialmente? A falta de disposición expresa, que bastante nos extraña no haya dictado el legislador, es nuestra opinión que tal clase de legado se regule por los principios de los legados alternativos; pues lo que hace el testador, en el supuesto referido, es establecer en favor de

una tercera persona la manda de un objeto determinado ó de su valor justo, y la misma conjunción *ó* que separa en el art. 863 las dos frases «*cosa legada*» y «*su justa estimación*», indica lo alternativo de las dos órdenes del testador.

Los legados alternativos, excepto en los casos en que la voluntad del testador haya querido dar á entender otra cosa (artículo 874), se rigen por los preceptos referentes á las obligaciones de igual clase. La elección, por consiguiente, en el caso dudoso antes expuesto, corresponderá al deudor (art. 1.132), es decir, al heredero ó persona á quien se impuso el gravamen de la manda. Además robustece y autoriza esta conclusión legal la consideración de que, como ya tenemos anticipado, los legados de cosa del heredero ó del legatario son verdaderas mandas de cosa ajena, y, por tanto, á su propietario no debe desposeérsele forzosamente de la misma, aunque se le indemnizara con la entrega de su justa valuación.

Si el testador dispuso que fuese el tercero á quien se refiere nuestro art. 863, el que tuviere el derecho de elegir entre la cosa legada y su justa estimación, aceptada la herencia ó legado por dichos heredero y legatario, habrá de cumplirse inexorablemente ese extremo de la voluntad del testador.

La alusión que en las últimas palabras del apartado primero del art. 863 se hace al artículo siguiente, sin duda alguna se refiere al caso de que el heredero ó legatario gravados con el pago de la manda no tengan más que una parte ó un derecho en la cosa legada. Mas si esto es así, ya que el art. 864 no regula otra cosa que el legado de objeto que sea parcialmente del testador, del heredero ó del legatario, parece innecesaria y redundante dicha alusión. Si el testador lega cosa de aquéllos ó de él en la cual sólo les corresponda una parte ó derecho, la solución legal habrá de buscarse en el art. 864, y no en el 863, porque ambos forman, como se ve, número aparte, y no son párrafos de un mismo artículo, que es lo que debió disponerse. Por esto, nosotros los estudiamos bajo un mismo comentario.

La última parte del art. 863, en realidad, estaba asimismo de más. Dejamos ya dicho, al explicar el art. 813 del Código, que el testador no podrá privar á los herederos de su legítima, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni podrá imponer sobre ella gravamen, condición ó sustitución de

ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo. A mayor abundamiento, añaden: el art. 817, que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, á petición de éstos, en lo que fuesen inoficiosas ó excesivas; y el 815, que el heredero forzoso, á quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma. Antes ya había estatuído también el art. 763, en su segundo párrafo, que el testador que tuviera herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo, ó sea la que trata de la legítima de dichos herederos. Es decir, el principio de que á éstos debe respetárseles la porción legitimaria señalada por el Código está tan repetida y terminantemente generalizado en diversos lugares de aquél, que lo mismo tratándose de legados, necesariamente ha de reputársele invulnerable ante los ataques que les infiriera las casi ilimitadas facultades de disponibilidad que al testador se le conceden.

***

Los legados que regula el art. 864 son sustancialmente los mismos que los que acabamos de tratar, excepción del que consiste en cosa de la que solamente es dueño en parte el testador.

Respecto al último, nos ocurre advertir que no habría necesidad de mencionarlo si no fuera por el supuesto á que alude el inciso final del art. 864. Natural es que si el testador no es dueño de un objeto más que parcialmente, á esa porción ha de referirse la manda: esto no exige mayores explicaciones. Si el testador, á pesar de eso, ordena que se entienda legado tal objeto por entero, en cuanto al resto habrá un legado de cosa ajena; y, según los principios que en el anterior comentario expusimos, ese legado último es perfectamente válido. Mas el artículo 864 no prescribe tal validez, sino sólo en vista «*de que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero*», hacer la distinción que establece el art. 861, ó sea la de que el testador sepa ó no que es ajena la porción de cosa que no le

pertenece. Por lo cual puede, en el supuesto sobre que discurrimos, darse un legado de cosa ajena válido aun creyendo el testador que le pertenece. ¿Es legítima y sostenible esta conclusión? ¿Consideraremos el art. 864 derogatario, en ese particular del 861?

Si tenemos presente la consideración antes apuntada de que la manda de porción de cosa legada no propia del testador es una verdadera manda de cosa de otro, como dice el Código francés, la contestación á las preguntas expuestas no ofrece duda. Hicimos observar en su lugar oportuno que las disposiciones relativas al legado de cosa ajena eran de interpretación restringida; por consiguiente, no hemos de eliminar uno de los casos legales previstos por el art. 864 de la regla general ya de antemano establecida.

No habría estado de más, sin embargo, que el legislador se hubiese referido al art. 861, después de establecer la excepción comprendida en las últimas palabras del 864; advirtiendo que se tuviera presente lo preceptuado en el art. 861 en su primera parte, á no ser que el testador hubiera expresado en su testamento que legaba la cosa por entero, en cuyo caso sería de aplicación dicho art. 861.

Desconfiando de nuestro individual criterio sobre el citado extremo, encontramos su confirmación, tanto en precedentes del propio Código español, como en los diversos extranjeros que admiten el legado de cosa ajena, bastantes en número y calidad, á pesar de la avasalladora influencia que en los países cuyo Derecho civil está codificado, ha ejercido el Código napoleónico.

En efecto: el art. 849 del proyecto español de Código civil de 1882 expresa que cuando el testador, heredero ó legatario solo tienen cierta parte ó derecho en la cosa legada, se restringirá el legado á esta parte ó derecho, si el testador no declaró expresamente que *sabía ser la cosa parcialmente de otro*; *y que no obstante esto, la legaba por entero*. Es decir, que para que se cumpliera la voluntad testamentaria sobre tal particular, era preciso que su autor diera á entender el conocimiento que tenía de que la cosa parcialmente era de otro; ó sea, el requisito exigido para la validez del legado de cosa ajena. Lo que hizo, pues, el legislador, al dar forma al art. 864, que comentamos, fué va-

riar las frases de su precedente en el proyecto de 1882, creyendo dar más claridad al precepto último, cuando lo que hizo fué provocar dudas y producir con la concisión mayor oscuridad en la inteligencia de dicha disposición legal.

El art. 3.549 del Código de Méjico es casi literalmente el mismo ya transcrito del proyecto de 1882. El 839 del Código italiano dispone que si el testador, heredero ó legatario no son propietarios más que de una parte de la cosa legada ó de un derecho sobre la misma, el legado no es válido sino relativamente á esta parte ó á este derecho, á no ser que aparezca que la voluntad del testador era legar por entero la cosa en conformidad al artículo 837. (Este artículo regula la manda de cosa ajena en muy parecidos términos á los que, dentro del Código español, dejamos ya explicado en comentarios anteriores.) El art. 1.804 del Código portugués prescribe que si el testador, el heredero ó el legatario fuesen dueños solamente de parte de la cosa legada, ó sólo tuviesen algún derecho á la cosa, no será válido el legado sino en lo relativo á esa parte ó derecho, salvo si constare que el testador estaba persuadido de que la cosa le pertenecía íntegramente, ó al heredero ó al legatario; pero en este caso se observará lo dispuesto en el art. 1.801 (el cual también admite el legado de cosa ajena, sustancialmente conforme con el patrocinado por la legislación española). Estas mismas referencias que hacen los Códigos italiano y portugués son las que nosotros pretendíamos para nuestro art. 864.

De suerte que si hemos de admitir sin distinciones lo dispuesto por nuestro art. 862, ignorando el testador que determinada parte de la cosa legada era ajena, la manda en dicha parte será nula y quedará restringida, como se dice en el proyecto de 1882, á la porción cuya propiedad correspondía ya al testador.

Los expuestos razonamientos tienen aplicación al caso en que el legado consista en una cosa que en parte sea del heredero ó legatario, y en otra porción ó en otras porciones de tercera ó terceras personas. Aun aquí cabría distinguir varios supuestos: sean, aquel en que el testador sepa que pertenece dicha cosa i parte á su heredero ó legatario, y el resto á personas distins; el en que el testador ignorase ambos extremos, el en que esconociese la existencia de los segundos citados partícipes, y

el en que dejare de saber solamente lo relativo al heredero y al legatario.

El primer supuesto es al que más claramente alude, según nos parece, el art 864. Valdrá, por tanto, el legado sobre cosa que sea de propiedad de su heredero ó de su legatario, y además de terceras personas, si conociendo este último extremo el testador, fué su voluntad que legaba dicha cosa por entero.

En el caso segundo, por lo que ya antes de ahora explicamos, somos de parecer que el legado será nulo. Nada dan á conocer ni el art. 863 ni el siguiente respecto á si es necesario, tratándose de mandas de cosa del heredero ó del legatario, que el testador sepa esta circunstancia; mas á pesar de tal silencio, reputándose, como no puede menos de reputarse dicho legado de cosa ajena, habrán de seguirse las reglas de éste contenidas en los artículos 861 y 862. Además, si los testamentos han de interpretarse por la misma voluntad de quien los otorga, ¿podrá nadie asegurar que el testador legaría esa cosa del heredero ó legatario sabiendo que no pertenecían á éstos? Y si igualmente el testador desconocía que era ajena la otra porción de la cosa legada, que no correspondía á sus sucesores universal ó singular, claro es que, por la propia razón dicha, en esa porción se anularía también la manda.

El tercer supuesto creemos que debe resolverse declarando nula la manda en lo que afecta á la porción de la cosa legada perteneciente á los coparticipes del heredero ó legatario, pues el ignorar el testador esta última circunstancia, puede argüir que no habría legado la cosa por entero si hubiese sabido que tal porción correspondía á esos condueños.

Por último, caso de que el testador legase un objeto por entero en la creencia de que pertenecía á tercera ó terceras personas, ignorando que en tal dominio tuvieran participación alguna aquellos á quienes gravó con el pago de tal manda, ésta debería mantenerse en la parte de la cosa propia de dichas tercera ó terceras personas, é invalidarla en la porción restante. La necesaria relación y enlace indudable que existe entre los preceptos que regulan el legado de cosa ajena y los que estudiamos en el presente comentario darán lugar casi siempre á la aplicación de distintas reglas, cuando el testador legue un objeto por entero, cuyo dominio corresponda al heredero ó lega

tarios gravados y á terceras personas, tratándose de la entrega de ese objeto ó de su justa estimación; y, por tanto, á dificultades prácticas de importancia. En efecto: el legado de cosa del heredero ó legatario, ya en totalidad ó ya parcialmente, se rige por los artículos 863 y 864; por consiguiente, habrá de cumplirse, entregando esa misma cosa ó su debido valor, á voluntad y elección de dichos representantes del testador. En cambio, en la manda de objeto ajeno no se da tal elección ni al acreedor ni al deudor en la obligación de que tratamos, sino que las circunstancias determinarán en todo caso si lo que ha de entregarse es la misma cosa legada ó el importe de su tasación pericial.

¿Qué deberemos, pues, aconsejar cuando se trate de cumplir un legado de naturaleza mixta como es el referido? La prudencia y propósitos conciliadores de acreedor y deudor en dicho legado, serán los que mejor salvarán tales escollos, conviniéndose en una solución práctica, igualmente favorable á ambas personas. Si amistosamente la solución no se obtiene por tal camino, el rigor del Derecho, según las consideraciones aducidas, se satisface, en lo que afecta á la porción de cosa legada propia del heredero ó legatario, con que éstos entreguen esa misma porción, ó la estimación que acuerden peritos, á elección de los primeros; y, en lo que hace relación á la parte del objeto legado propia de otras tercera ó terceras personas, los encargados del pago de aquél lo realizarán adquiriendo para el legatario esa parte, y sólo la estimación de ella cuando no les sea posible racionalmente conseguir dicha adquisición. Por tanto, es muy verosímil suponer que, en casos como el de que venimos partiendo, á un legatario se le haga pago con la estimación de parte de la manda y al mismo tiempo con la entrega real ó simbólica de la porción restante.

Resumiendo las consideraciones que nos sugiere el examen comparativo de los artículos 861 y 862, por un lado, y de los 863 y 864, por otro, concluímos diciendo que éstos últimos regulan también un legado de cosa ajena, debiendo quedar en tanto so-

idos á los principios que informan el espíritu y letra de los neros, en cuanto no contengan excepción expresa y termite de lo preceptuado como regla general para los casos de cación corriente en dichos artículos 861 y 862.

No creemos, por último, que induzcan á confusión alguna las frases del art. 864, «*sólo una parte*» «*ó un derecho*» en la cosa legada. Ambas expresan la idea de la participación del dominio. El que tiene el dominio útil en unas fincas, el que goza del derecho de enfiteuta, como el que es propietario de la tercera parte de casa, ó de un animal, de una pareja, son dueños de un objeto en parte, y á uno y otro alude por igual la prescripción de nuestro art. 864.

ART. 865. Es nulo el legado de cosas que están fuera del comercio.

Concordancias.—Igual al párrafo primero del art. 682 del proyecto de 1851, y al párrafo primero del 850 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Part. 6.ª, tit. IX, ley 13.ª* — Las cosas sagradas que pertenescen a la Iglesia: otrosi las cosas que son señaladamente de los Reyes, assi como los palacios, e las huertas, e los cilleros, que son cosas que no deuen ser vendidas, nin enagenadas en ninguna manera sin mandado dellos. Otrosi, las plaças e los exidos e las otras cosas que son comunales, de las ciudades, e de las villas, e otras cosas semejantes, non se pueden mandar. Otrosi dezimos, que nin los mármoles, nin los pilares, nin las pilas, nin las puertas, nin madera, nin ninguna de las otras cosas que son puestas e ayuntadas a las casas, e a los otros edificios, non pueden ser mandadas en testamento a otri. E si algun ome fiziesse manda dellas o de otras semejantes, non vale, nin es tenudo el heredero de dar aquella cosa: nin la estimacion della. E esto es defendido porque tales cosas como estas fazen más apuestas las villas e los logares do son e por ende non se deuen por tal razon arrancar en ninguna manera. E aun dezimos, que quando el fazedor del testamento mandasse su sieruo christiano, a otro que fuesse judio o moro o herege, que tal manda non es valedera. E si por auentura, algun testador mandasse a otro en su testamento alguna cosa que fuesse de tal natura e de tal condicion, quando lo man-

daua, que lo podia fazer de derecho, e despues de esto se cauiasse a otro estado, que fuesse atal, que si estonce fuesse por fazer el testamento, que la non podria mandar dezimos que non valdria tal manda. E esto seria como si mandasse alguna cosa que non fuesse sagrada quando la mandaua, e acaesciesse que la sagrassen despues, sin mandado e sin culpa del heredero. Ca estonce el heredero non seria tenudo de dar la estimacion de tal manda. E esto mesmo seria en las otras cosas semejantes destas, quando la cosa que fuesse mandada mudasse su estado, o su condicion sin culpa del heredero.

Partida 6.ª, tít. IX, ley 14.—Castillo, o villa, o aldea, o alguna heredad, que diesse Emperador, o Rey o algunos omes, porque le fiziessen algun seruicio señalado, de las rentas que leuassen dende, obligando para siempre aquella cosa por aquel servicio, assi como si la diesse a caualleros que le seruiessen con armas, segun que conuiene a orden de caualleria, o si la diesse a marineros, que le fiziessen seruicio con nauios sobre mar, o almogauares, o ballesteros: si la cosa fuesse dada por alguna destas razones sobredichas, o por otras que las semejan, si fiziesse manda alguno de aquellos a quien era dada, a tales omes que non supiessen fazer aquel seruicio, a que era obligado: dezimos, que si aquel que faze tal manda, fuesse estonce cierto, que aquellos a quien mandaua tal cosa como esta, que non eran omes que supiessen cumplir aquel seruicio, que semeja que su voluntad fue, que ouiessen tanto de sus bienes, cuanto vale aquella cosa que les manda. E por ende el heredero es tenudo de dar la estimacion de tal manda, e non la cosa mandada. Mas si non fuesse cierto quando la mando, si eran omes para cumplir aquel seruicio, o non: estonce non seria tenudo el heredero de cumplir tal manda, nin de dar la estimacion della. Fueras ende, si aquellos a quien tal manda faze el testador, fuessen tan sabidores, e tan buenos, para cumplir el seruicio sobredicho, como era aquel que fizo la manda. Ca estonce deuesse cumplir en todas guisas.

Partida 6.ª, tít. IX, ley 12.—Pveden fazer manda los fazeores de los testamentos, de las cosas que son nascidas a la azon que las mandan, e aun de las que pueden nascer, despues ue las mandaren, assi como los frutos de la tierra e de los arboles. Otrosi de los fijos de los sieruos, e de los ganados e de las

bestias. Pero dezimos, que si los fazedores de los testamentos fiziessen manda de tal cosa de que non fuessen ciertos, si era biua o non, assi como de sieruo, e de otra cosa que fuesse en otra parte: estonce el heredero deue dar recabdo a aquel a quien fue mandada tal cosa, que si la pudiere auer por alguna manera que gela de. E avn dezimos: que el heredero se deue trabajar a su costa por cobrarla.

Partida 6.ª, tit. IX, ley 15.—Fazerse puede manda non tan solamente de las cosas corporales, assi como de las heredades e de las otras cosas que puede ome tañer e ver. Mas avn se puede fazer de aquellas que lo non son assi como de los derechos que ome ha contra sus debdores. Ca bien los puede mandar a otro en su testamento si quisiere. Esso mismo dezimos que puede fazer de los otros derechos que ouiesse por razon de seruidumbre en personas, ó cosas ó en campos agenos...

COMENTARIO.—El artículo transcrito, según el sentido de las disposiciones que constituyen la presente *Sección décima*, debia preceder á los cuatro que anteriormente llevamos explicados, sobre todo si estuviera concebido en los términos que conceptuamos más racionales; es decir, como expresan la gran mayoría de las legislaciones extranjeras, al prescribir, con relación á las cosas, que es válido el legado de todas las que estén en el comercio de los hombres.

Ese precepto, en tales términos concebido, constituiría una de las verdaderas disposiciones generales en materia de legados, que podia seguir inmediatamente (si en la referida sección se hubiera procedido con un mayor cuidado metódico) al en que se hiciera por lo menos alguna referencia ó recuerdo á la capacidad de las personas para conceder y recibir mandas, según las reglas ya establecidas sobre testamentifacción activa y pasiva.

La observación que acabamos de exponer, sobre todo en lo relativo á la forma negativa ó afirmativa de redacción del artículo 865, tiene algún valor mayor que el meramente gramatical y el de colocación entre los otros diversos preceptos que constituyen la referida sección décima. Porque, ¿quién duda de que puede haber muchos más legados que los taxativamente comprendidos en los varios artículos de dicha sección que de ello se ocupan? ¿Quién vacilará en sostener que hay muchas más

cosas objeto de lícitas mandas que las ajenas, las parcialmente del testador, las del heredero, las del legatario, las empeñadas ó hipotecadas, las sujetas á usufructo, uso y habitación, las genéricas, muebles ó inmuebles, las específicas, los créditos, deudas, los alimentos, las pensiones periódicas ó de cierta cantidad, anual, mensual ó semanal, etc.? En cambio, si el precepto de cuyo examen tratamos, expresara que podían legarse todas las cosas siempre que estuvieran en el comercio de los hombres, tendríamos virtualmente incluídos en ese vasto círculo de comprensión todos los casos dignos de ser previstos, sin temor á dudas posibles. Esto no obstaría á que después se hablara de cada cosa y de cada legado en particular, por la necesidad de señalarles reglas también particulares, que podrían constituir una excepción de los principios generales sobre mandas.

Hase empleado en el artículo que comentamos una frase de uso tradicional, que ya habíamos visto desterrada de otros lugares del Código. Nos referimos á las llamadas cosas «*que están fuera del comercio*». En efecto: ya en el Derecho romano, y en el § *IV, tít. XX, lib. II de las Instituciones justinianeas,* se decía: «pero si la cosa legada no está en el comercio, por ejemplo, el Campo de Marte, las Basílicas, los templos ó las demás destinadas al uso público, no se debe ni aun la estimación, porque semejante legado es nulo.» Este elocuente precedente histórico nos servirá para vislumbrar el sentido y alcance de dicha frase; porque ella, por sí sola, ofrece muy oscuros horizontes de significación.

Ya el art. 333 del Código trata de las cosas que son ó pueden ser objeto de apropiación. Esta misma circunstancia es la que creemos que ha de acompañar, como requisito *sine qua non,* á las cosas objeto de legado; es decir, las que reúnen la posibilidad de constituir materia de relación jurídica individual. Para que el legado responda al objeto de su institución, es preciso que produzca alguna utilidad al legatario, lo cual se conseguirá prescribiendo que las cosas que deban de ser legadas sean apropiables, es decir, que se presten á entrar en sucesivas prestaciones y relaciones jurídicas. En tal sentido, pueden ser mandadas tanto las cosas futuras como las presentes, los frutos de una finca que aún no han aparecido, las crías probables de un rebaño, un derecho que aún se mantiene en espectativa y como

una esperanza, las cosas corporales como las incorporales y hasta los mismos hechos. O sea, todo aquello que en el comercio de los hombres puede ser objeto de transacciones, de vínculos jurídicos, de motivo para una relación cualquiera de derecho. Dice Laurent que las cosas legadas han de estar en dicho comercio, porque el legado es un modo de transmitir la propiedad.

Están exceptuados, por consiguiente, del alcance positivo que abarca nuestro art. 865 los bienes de dominio y uso públicos, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construídos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos; los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados á algún servicio público ó al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras no se otorgue su concesión. De la misma suerte quedan exceptuados los bienes pertenecientes al Estado que tienen el carácter de propiedad privada, aunque sean de los enumerados anteriormente, y los que, aun siendo del dominio público, pasan á formar parte de los bienes de propiedad del Estado, cuando dejan de estar destinados al uso general ó á las necesidades de la defensa del territorio.

Afecta dicha excepción asimismo á los bienes de uso público en las provincias y los pueblos, como los caminos provinciales y vecinales, las plazas, las calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos ó provincias, y los patrimoniales que unos y otras posean.

En cuanto á los bienes del Patrimonio Real, hay que hacer la distinción, que ya en otra parte establecimos, de los que forman el peculio privado y particular del Jefe del Estado, y los que van anejos al que represente esta elevada jerarquía. Los primeros pueden sin inconveniente alguno ser objeto de legado, porque, según el *art. 6.° de la ley de 26 de Junio de 1876*, hoy vigente, el Rey podrá disponer de su caudal privado por actos entrevivos y por testamento, conformándose á las prescripciones generales de la legislación civil, que regirán asimismo en el caso de *ab-intestato*. Respecto á los bienes que constituyen el patrimonio de la Corona, existe la imposibilidad legal

de que puedan ser objeto de una manda según el Derecho civil, porque el *art. 5.° de la ley de 12 de Mayo de 1865*, que ha quedado en parte vigente por el también *art. 5.° de la de 1876*, antes citada, prescribe que el referido patrimonio será indivisible, y los bienes que le constituyen inalienables é imprescriptibles, y no podrán sujetarse á ningún gravamen real ni á ninguna otra responsabilidad.

Las cosas sagradas, las pertenecientes á la Iglesia como dice la *ley de Partidas* anotada en los *Precedentes legales*, las que, aun siendo de las no consagradas directamente al culto, están anejas al servicio de la parroquia, y no al servicio particular de cada persona que se halle al frente de aquélla, como las casas y huertas rectorales, tampoco pueden ser legadas, porque les falta la condición principal de su transmisibilidad.

De manera que hemos logrado hallar otra equivalencia á la frase ya anticuada que emplea el artículo que comentamos, para designar en general la capacidad de las cosas que pueden ser objeto de una manda; éstas son las consideradas por el Derecho y por el presente Código como propiedad privada, es decir, las que pertenecen á los particulares, ya individual, ya colectivamente.

El Código chileno, en su art. 1.105, resume en menos palabras las propias ideas que acabamos de indicar, al prescribir que no vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada, ni los de cosas que al tiempo del testamento sean de propiedad nacional ó municipal y de uso público, ó formen parte de un edificio, de manera que no puedan separarse sin deteriorarlo, á menos que la causa cese antes de deferirse el legado; lo mismo se aplica á los legados de cosas pertenecientes al culto divino; pero los particulares podrán legar á otras personas los derechos que tengan en ellas, y que no sean, según el Derecho canónico, intransmisibles.

Tanto la transcrita prescripción chilena, según se ve, como la antes recordada de *Partidas*, incluyen entre las cosas que no pueden legarse, las que formen parte de un edificio, de suerte que no puedan separarse de él sin deteriorarlo, como los mármoles, los pilares, las pilas, las puertas, la madera. ¿Debemos, ún nuestro Código civil, considerar tales bienes fuera del ercio de los hombres, y por tanto sin la cualidad de aptos

para ser legados? Dicho Código sólo se ocupa determinadamente de ellos al reputarlos inmuebles, en el núm. 3.° del art. 334, aunque sean de naturaleza mueble, siempre que estén unidos á un bien raiz de una manera fija y de suerte que no puedan separarse de él sin quebrantamiento de la materia ó deterioro del objeto. La contestación afirmativa á la referida pregunta parece, pues, que se impone; porque, aunque se declarara apta tal clase de bienes para ser objeto de legado, se tropezaria siempre con la dificultad material ó la casi imposibilidad física de hacer entrega de esos accesorios al legatario, sin causar daño ó sin destruir la integridad del inmueble á que estén adheridos.

De lo que podria dudarse es de si, vista esa imposibilidad, habria lugar á entregar á dicho legatario la estimación ó equivalencia de valor en metálico de tales materiales. El Derecho Romano y el Rey Sabio negaban hasta ese último recurso al legatario, prohibiendo al heredero la entrega de la cosa, lo mismo que su estimación. El Código civil, al admitir la regla de derecho que constituye el objeto de nuestro art. 865, y al disponer éste en la forma que hoy tiene, indudablemente da á entender que sobre el particular acepta las aplicaciones prácticas y ejemplos que en sus precedentes legales se contienen, y mucho más cuando ni de los preceptos anteriores ni de los posteriores se deduce principio alguno que contradiga esa conclusión legal.

Ahora, si, según las reglas generales de interpretación de la voluntad testamentaria, el testador revela la intención de dejar la equivalencia de la cosa legada, cuando ésta, en la forma que ostenta, no pueda ser entregada ó no sea susceptible por el Derecho de legarse, opinamos que, por encima de toda clase de prohibiciones legales, debe cumplirse lo que el testador, en el ejercicio de sus libérrimas é inviolables facultades de última hora, ha querido significar.

Algunas leyes del *Digesto* romano dan á conocer que entre las cosas que se hallan fuera del comercio de los hombres, las hay que lo están absolutamente, y otras que sólo lo están bajo cierto respecto; entre estas últimas, incluyen á los materiales empleados en los edificios, y á que antes nos hemos referido.

Otro punto legal prevé el antiguo Derecho que debe juzgarse si está ó no virtualmente previsto por nuestro art. 865. Nos referimos al caso en que por el testador aparezca legad

una cosa de las que se hallen en el comercio, la cual posteriormente aparezca exceptuada del mismo. Hay que prescindir de los supuestos de que sea el testador ó el encargado del pago de la manda quienes lleven á cabo la expresada transformación en la condición jurídica de la cosa legada, porque en el primer caso el legado queda sin efecto, según ya concretamente lo prescribe el núm. 1.º del art. 869, y en el segundo supuesto, dicho encargado responderá de la manda al legatario. Si tal transformación tiene lugar sin culpa alguna de dichas dos personas, opinamos que asimismo deberán tenerse en cuenta las reglas del antiguo Derecho, aplicando por analogía la prescripción del núm. 3.º de dicho art. 869, y por consiguiente, considerando caducada la manda, sin que proceda ninguna responsabilidad ni indemnización á favor del legatario, á no ser cuando corresponda la de evicción, si se trata de cosa que no hubiera sido determinada en especie, á los efectos del art. 860 del Código.

ART. 866. No producirá efecto el legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario, aunque en ella tuviese algún derecho otra persona.

Si el testador dispone expresamente que la cosa sea liberada de este derecho ó gravamen, valdrá en cuanto á esto el legado.

Concordancias.—Igual á los párrafos segundo y tercero del artículo 682 del proyecto de 1851 y á los párrafos segundo y tercero del 850 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. IX, ley 43.* Recibiendo, algun ome en manera de donacion, aquella cosa ma que algund testador le ouiesse mandado, quier gela se aquel que la auia mandado, o otro qualquier que la tosse, non puede demandarla despues, por razon de aquel tesento en que le fué mandada.

COMENTARIO.—Con más propiedad jurídica que nuestro artículo 866, tiene prescrita igual disposición el § *10, tít. XX, libro II de las Instituciones* de Justiniano, al ordenar que es *inútil* el legado que se hace á alguno de lo que ya le pertenece, porque lo que es propio no puede hacerse más propio; y así, aunque el legatario enajene la cosa legada, ni se le deberá ésta ni su estimación.

En efecto, si el testador manda en el testamento cosa que ya pertenece entonces al que quiere que sea su legatario, lleva á cabo una operación inútil, porque dicho legatario no necesita del hecho del testador para continuar disfrutando como dueño la referida cosa; «*lo que es propio, no puede hacerse más propio.*»

Resulta, por tanto, inútil, indiferente, ineficaz, ridículo, digámoslo así, el legado que se encuentre en tales condiciones; el cual sólo se explica si el testador desconoce la circunstancia de pertenecer la cosa legada ya de antemano al legatario, ó se da el caso que prevé dicho art. 866 en su segunda parte. Antes de hacerse la aplicación legal de la ineficacia, declarada por el referido precepto, ya la realidad se habrá encargado de dar á conocer que tal manera de legar equivale á no legar.

Todavía en el presente caso, hay más incapacidad en la cosa legada que cuando se trate de la que no se encuentra en el comercio de los hombres, porque, respecto á ésta, alguna vez se necesita de la ficción del legislador, como hemos visto, para comprenderla en la prohibición que forma el objeto del art. 865. El legado de cosa propia del legatario, como dice un jurisconsulto español, no tiene ni aun el nombre ni razón de ser, por que su ejecución resulta imposible.

El precepto que comentamos no distingue los casos en que el testador sepa ó no que la cosa era del legatario, para diferenciar las respectivas soluciones jurídicas de nulidad ó validez del legado. Ninguno de los otros preceptos anteriores ó posteriores indican la procedencia de esa distinción; por lo cual muy de aplicar es aquella regla de interpretación *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Más bien, el mismo art. 86 autoriza á sostener que, siendo la cosa legada propia ya del legatario, constándole ó no al testador tal circunstancia, siempre que ésta en realidad sea cierta, el legado resultará inútil, por

que á igual conclusión legal se viene á parar, según el referido precepto, aunque existiera una parte de esa cosa de que el testador implícitamente pudiera entenderse que disponía por no pertenecer al legatario, y sí á una tercera persona.

Ahora bien: en el caso de que el testador legase un objeto que conceptuase pertenecer al legatario, no siendo esto realmente verdad, sino perteneciendo aquél al testador ó á otra distinta persona, el legado sería perfectamente válido, siempre que del contexto del testamento no se dedujese que la intención del testador había sido el no dejar manda alguna á dicho legatario. Nos fundamos para sostener esta opinión en las reglas de interpretación de las últimas voluntades, que tampoco resultan contradichas por las que venimos explicando y por las que explicaremos en comentarios sucesivos, y también en aquella sabia sentencia del Derecho romano consignada en el § *11, tít. XX, libro II de las Instituciones* de Justiniano, «*nan plus valet, quod in veritate est, quan quod in opinione*»; si alguno legase cosa suya, reputándola del legatario, vale el legado, porque la voluntad del testador puede ser cumplida y «porque tiene más fuerza la verdad que la creencia».

En otros comentarios dejamos ya previsto el supuesto de que el legatario llegue á adquirir la misma cosa que se le lega por otros conductos, distinguiendo los casos de que aquélla la adquiriera por título lucrativo ú oneroso. Por esto prescribe la ley de *Partida* anotada en los *Precedentes legales* que si la cosa la recibió el legatario por virtud de donación, no puede después pedirla por razón de aquel testamento en que también le fué concedida.

Del mismo contexto literal del art. 866 se desprende que, aun probándose que el testador sabía que parte de la cosa no era del legatario, no por eso dejará de reputarse aparentemente ineficaz, la manda. Esto contradice el principio en que descansa la validez del legado de cosa ajena; porque, según aquél, si se acreditara que el testador estaba enterado de que ...a parte ó derecho en el objeto legado pertenecía á tercera ...sona, debía declararse la manda subsistente, válida parcialmente, y por tanto, en la obligación el encargado del pago, de ...uirir dichos derecho ó parte, ó de entregar su estimación. ...embargo, como regla posterior, especial y terminante, la

que comprende el primer apartado de nuestro art. 866, habrá que respetarla y reconocer que el legado de cosa ajena, cuando ésta se refiera á parte ó derecho en objeto que sea propiedad, en lo restante, de un legatario, no producirá efecto jurídico alguno, á pesar de la declaración general del art. 861.

Para que sea válida la manda de esa parte ó derecho en cosa de un legatario, es requisito esencial que el testador *expresamente* manifieste en el testamento, diga en él por palabras que revelen sin duda alguna su intención en tal sentido, que, no obstante constarle que tal cosa es de su legatario, desea él que desaparezca esa limitación que aquél tenía impuesta en el dominio del referido objeto. En tal caso, el heredero ó encargado del pago de la manda, si el derecho ó gravamen á que se refiere el apartado segundo del art. 866 no se hallan constituídos á favor del mismo testador, estarán obligados á liberar aquéllos ó á graduar su estimación y entregarla al legatario, caso de que lo primero no sea posible; con lo cual se cumplen las reglas del legado de cosa ajena, á cuya categoría pertenecen esos derecho ó gravamen impuestos á favor de persona distinta del testador.

De alguna ley de los *libros 30 y 31* del *Digesto* romano, entresacamos ejemplos del caso previsto por la última parte de nuestro art. 866. Si aquel á quien se lega una casa, sólo es señor del suelo, el legado subsistirá en lo que á la superficie se refiere. En el supuesto de que el usufructo y la propiedad radiquen en distintas personas, debe ocurrir lo propio; y el que, teniendo el dominio ó la servidumbre de una finca, es nombrado legatario de ella, tendrá asimismo el derecho de compeler al heredero á que le pague lo que le falte para ser señor absoluto de la heredad, si no puede conseguir que queden sin efecto esas restricciones que á su propiedad existan en la referida finca.

Poco importará para la aplicación del precepto que comentamos que el legatario haya enajenado con posterioridad á la fecha del testamento el objeto legado, haciendo éste, por tanto, después ajeno con respecto á dicho legatario. Aunque los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, la validez de las disposiciones testamentarias y todo lo que afecta á la sustancia ú orden interno del testamento deben referirse siempre al momento en que aquél

se otorga, porque entonces es cuando se manifiesta en carácter y genuinamente la última voluntad de una persona de cuya interpretación más racional y acertada parte siempre el legislador, en la generalidad de los casos, al dictar los preceptos que regulan los principios de la sucesión testada é intestada, y sus distintas é innumerables aplicaciones prácticas, según la gran variedad de circunstancias y contingencias de la vida.

Como ya dijimos que expresaban las *Instituciones* Justiniáneas, aunque el legatario enajene la cosa legada, ni se le deberá ésta, ni su estimación.

ART. 867. Cuando el testador legare una cosa empeñada ó hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará á cargo del heredero.

Si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero.

Cualquiera otra carga, perpetua ó temporal á que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los intereses ó réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia.

Concordancias.—Igual al art. 683 del proyecto de 1851 y al 851 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. IX, ley 16.ª* En peños teniendo algun ome cosa de otro, por dineros que ouiesse emprestado sobre ella, si este atal a quien fuesse obligada, fiziesse manda de aquella cosa a aquel mismo que gela obligara, vale tal manda. Pero a sus herederos en salvo les finca su derecho, para poder demandar a aquel que la empeño, los dineros que el testador le auia prestado sobre aquella cosa.

Partida 6.ª, tít. IX, ley 11.—Manda, faziendo el testador de alguna cosa suya, que el sabia que era empeñada, o obligada a otri, por menos de lo que valiesse, tenudo es el heredero de la

quitar de los bienes del finado, e de darla a aquel a quien fue mandada. Otrosi, si dezimos, que si tal cosa era empeñada por tanto, o por mas de lo que valiere, que estonce la deuia quitar el heredero del testador de los bienes de la herencia, quier sopiesse que tal cosa era empeñada, o non quando la mandauan. Mas si por menor precio de quanto valia yazia tal cosa en peños, si el testador non lo sabia quando la mando, deuela quitar de lo suyo, aquel a quien es fecha la manda.

ART. 868. Si la cosa legada estuviere sujeta á usufructo, uso ó habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan.

Concordancias.—Igual al art. 852 del proyecto de 1851.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 867 Y 868.—Regula el artículo transcrito 867 el llamado legado de cosa empeñada ó hipotecada, uno de los más importantes y curiosos, entre los que aparecen individualmente analizados por el Código.

Lo primero que se advierte al estudiar sus antecedentes históricos y preceptos análogos en los Códigos extranjeros, es que han sido reducidos á regla de unidad los diversos supuestos que algunas otras legislaciones admiten, al establecer condicionalmente la validez del legado de cosa empeñada ó hipotecada y la determinación de qué persona debe ser la encargada del pago de la deuda á cuya responsabilidad estaba sujeta dicha cosa.

Empezó el Derecho Romano (§ 5.º, *tít. XX, libro II* de las *Instituciones* de Justiniano) por atribuir al heredero la obligación de redimir la cosa que estaba empeñada á un acreedor, aunque distinguiendo el caso en que el testador sabía lo del empeño, del en que no lo sabía; debiendo tener lugar dicha redención sólo en el primero de estos casos, conforme á un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino.

Siguieron luego las *Partidas,* en una de las leyes anotadas

en los *Precedentes legales*, distinguiendo el supuesto de que la cosa legada estuviere gravada por todo ó más de su valor ó por menos de él; en el primer caso, imponían la obligación al heredero de redimir la prenda, supiera ó no el testador tal obligación de garantía (con lo cual se prescindía del precedente romano citado); en el segundo de dichos supuestos, sólo cuando el testador sabía que estaba esa cosa empeñada, debía el heredero redimirla, pues si lo ignoraba corría tal obligación á cargo del legatario.

Los proyectos españoles del Código civil de 1851 y 1882 empezaron ya por desentenderse de esas distinciones, tanto para el caso en que el testador supiera la obligación de prenda ó hipoteca á que estaba afecta la cosa legada, como cuando ésta fuera igual, mayor ó menor en estimación á la deuda cuyo pago garantizaba.

La regla general del art. 867 del Código tiene la aplicación que éste determina, sepa ó no el testador el gravamen que pesa sobre la cosa legada, siempre que aquél consista en prenda ó hipoteca y sea igual, inferior ó mayor el importe de la deuda exigible al valor de la referida cosa en que consista la manda.

El art. 3.755 del Código de la República Argentina exime al heredero de la obligación de librar las cargas que gravan á la cosa legada, porque, según un anotador de dicho Código, las liberalidades deben restringirse más bien que ampliarse, y recibir el legatario la cosa tal como se halle con los gravámenes á que está afecta, pues si la hipoteca y la prenda son una manera de enajenación, el legado quedaría revocado, caso de que el testador enajenara la cosa objeto de aquél. También el Código francés (art. 1.020) preceptúa que, si antes ó después del testamento, la cosa legada fué hipotecada por una deuda de la sucesión ó por la de un tercero, no está obligado el que debe cumplir la manda á eximirla de tales cargas, á menos que por disposición expresa del testador se haya encargado que lo ejecute. Pero también dispone el propio Código, en su art. 874, que el legatario particular que hubiese satisfecho la deuda que gravitaba sobre el inmueble legado, queda subrogado en los derechos del acreedor contra los herederos y sucesores á título universal.

En cambio, están conformes con la disposición del Código es-

pañol los de Portugal (art. 1.816), de Méjico (3.554) y de Uruguay (871), entre otros varios.

No dejamos, sin embargo, de reconocer que mayor espíritu de justicia envuelve y es más razonable la manera cómo el Rey Sabio soluciona las contingencias que puede ofrecer la manda de cosa empeñada ó hipotecada, aun admitiendo como admite diversos supuestos. En efecto, el obligar al legatario á que satisfaga la deuda exigible que grava al objeto legado, siempre que el valor de éste sea igual ó inferior al de la cantidad á que ascienda dicha deuda, sería autorizar una manda ridícula, cuando no evidentemente gravosa para tal legatario, sin que sea objeción convincente la de que á éste le quede el derecho de no aceptar esa manda, pues por algo no se han permitido los legados de cosas propias del legatario; y similar de uno de estos legados sería el que obligara á desembolsar á una persona de su peculio tanta cantidad cuanto importara la concesión que por el testamento se le hacía ó alguna mayor. Esto, en realidad, más que un acto gratuito, como son por regla general todos los que emanan de un testamento, tiene todos los caracteres de un contrato oneroso, de una especie de compra-venta, en que el precio está representado por el desembolso que hace el legatario, y la cosa por la que, en el concepto de empeñada ó hipotecada, aparece siendo el objeto de la manda.

Valiendo más dicha cosa que la deuda de que responde, estimamos como justo el considerar que esa diferencia se reputa como la utilidad del legado, imponiendo en tal sentido al legatario la obligación de pagar la deuda al acreedor, caso de que en beneficio suyo quiera cancelar el gravamen y disfrutar como libre la cosa que le fué cedida por el testador, cuando á ello no se hallara compelido desde luego por virtud del título constitutivo del crédito hipotecario ó de la deuda con garantía de prenda.

Primera duda de importancia que nos ofrece nuestro artículo 867, en su párrafo 1.º Imputa éste al heredero la obligación de satisfacer la deuda exigible. Mas si la manda fué impuesta á un legatario y no á un heredero, ¿regirá del propio modo tal prescripción? Ya sabemos por el art. 858, examinado en anteriores comentarios, que el testador puede gravar con mandas, no sólo á su heredero, sino también á los legatarios.

Hacemos caso omiso del supuesto en que el testador impusiera expresamente á dicho legatario el deber del pago á que atañe el referido párrafo primero; y aludimos exclusivamente al caso en que el testador nada haya dicho sobre el particular, resultando el legado, sin embargo, encargado, digámoslo así, á un legatario.

En la presente sección del Código, como en otros preceptos del mismo en que se trata del pago de legados, generalmente no se menciona más que al heredero como obligado á cumplir todo lo referente á aquéllos, sin tener se en cuenta por parte del legislador que, si bien la regla general y más corriente es que el testador grave con mandas á su heredero, también ocurre muchas veces que, al amparo de la ley, según ya hemos dicho, designa con tal objeto á uno de sus legatarios, en cuyo caso, y para mayor claridad en la exp osición de nuestros razonamientos, llamaremos sublegatario aquel á quien va destinada la cosa sujeta al gravamen de prenda ó hipoteca, y simplemente legatario á la persona á quien el testador confía el pago de dicha manda.

La cuestión antes propuesta creemos que podría enunciarse en otra forma: la liberación de la cosa legada, en el caso que regula nuestro art. 867, ¿puede considerarse como una deuda hereditaria, una carga de la herencia, ó como un gravamen, una obligación que ha de ser solventada por la persona á cargo de quien ó contra la que se ha otorgado la manda? El referido precepto parece que ha sido redactado para dificultar la solución á tal duda, porque á su final considera como *carga de la herencia* el pago de los intereses ó réditos devengados hasta la muerte del testador de las cantidades cuyo pago garantiza el gravamen, perpetuo ó temporal, á que está afecta la cosa legada.

Expresamos nuestra opinión con cierto temor, acrecentado en el presente caso por la oscuridad y ambigüedad del precepto legal que interpretamos, haciéndose necesario, por tanto, que la jurisprudencia, con su auténtica autoridad, venga á señalarle su verdadero alcance ó la fuerza de expresión de sus términos. El art. 867 lo creemos regulador únicamente del caso en que el pago del legado de cosa empeñada ó hipotecada haya sido confiado por el testador al heredero. Entonces, muy justo

es que, con las limitaciones y salvedades señaladas en este mismo comentario, dicho heredero lleve á cabo, como consecuencia jurídica del gravamen que se le impuso en el testamento, el pago de la deuda exigible, para poder entregar libre de toda carga la cosa legada al legatario.

Si, por el contrario, aquél fué comisionado ó gravado por el testador para el pago de otro legado, de un sub-legado, deberá regir sin que lo contradiga el precepto especial y de naturaleza limitada del referido art. 867, la prescripción general del artículo 858, de la cual bien claramente se desprende que, pudiendo el testador gravar con mandas, no sólo á su heredero, sino también á los legatarios, éstos, en su caso respectivo, *no responderán del gravamen* más que hasta donde alcance el valor del legado. Luego, deberán desempeñar ó deshipotecar, digámoslo así, la cosa legada á un segundo legatario, entregándosela á éste libre de toda carga, á no ser que el pago de la deuda exigible importara más que la utilidad que le ha de reportar la manda á él concedida previamente por el testador. En ese caso, se limitará la liberación á la parte de la deuda equivalente al valor de esa manda, quedando por el resto obligado el que llamamos sublegatario para con el acreedor.

Si otra distinta fuera la solución legal, se apadrinaría el principio contrario á justicia y á Derecho de que no sería el legatario especificamente gravado con el pago de un segundo legado el que sufriera las consecuencias jurídicas de la aceptación que de ese cargo realizó, sino el heredero, en todos casos, ajeno á la constitución de la manda de que trata el art. 867, infringiéndose, por tanto, aquel eterno principio de justicia y de jurisprudencia «*de que nadie puede enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro*».

La propia aplicación debemos hacer, en el caso dudoso expuesto, del párrafo 2.º del art. 867; por consiguiente, siguiendo lógicamente las conclusiones establecidas, si, por no pagar el legatario la deuda exigible, lo hiciere el sub-legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el primero.

También debe reputarse legado de cosa empeñada ó hipotecada, como lo dan á entender el art. 688 del proyecto de Código civil de 1851 y la *ley 16 de Partidas*, anotada en los *Precedentes*

legales, el de una cosa ajena que el testador ha recibido en calidad de tal para seguridad de una deuda establecida á su favor. Es decir, la deuda exigible de que trata nuestro art. 867 puede referirse á una deuda que se halle constituida á favor del testador, ó á otra en la que él aparezca como deudor.

En el primer caso, tendrá en la cosa empeñada ó hipotecada un derecho de garantía subordinado al hecho del pago que puede realizar la persona deudora, sin que, por tanto, dicha cosa entonces realmente pueda considerarse como ajena, la cual recibirá el legatario si á la muerte del testador se hallaba aún por satisfacer la deuda y se cumplieran las condiciones de transcurso del tiempo y demás fijados en el título constitutivo de dichas obligaciones principal y accesoria, porque de lo contrario, el testador únicamente legaría una cosa futura, la misma empeñada ó hipotecada para el caso en que el deudor no cumpliera su compromiso en el modo y plazos estipulados, ó la cantidad satisfecha por razón de la deuda, que implicaría la entrega ó permanencia en poder del deudor de dicha cosa ya libre de todo gravamen, si bien este último supuesto más bien hace referencia á un legado de crédito, que examinaremos en posteriores comentarios.

Según el círculo de comprensión general que abarca el artículo 867, poco importa que la cosa legada esté empeñada ó hipotecada por consecuencia de una deuda del testador ó de un tercero. Parece además innecesario expresar que lo que el legislador estatuye en dicho precepto se entenderá sin perjuicio de lo que el testador haya dispuesto en su testamento, que podrá ser precisamente lo contrario de lo legislado para casos en que no se dé esa circunstancia especial.

Es significativa la frase «*deuda exigible*» que en el art. 867 se emplea, y por la cual debe entenderse toda aquella que, por ser líquida, no depender de suceso futuro ó incierto, ni de condición alguna, ó del transcurso del plazo previamente establecido por deudor ó acreedor, está en condiciones perfectamente legales para ser reclamada.

Si la deuda está contraída en favor del testador, mientras todos esos requisitos no se cumplan, el legatario disfrutará la cosa dada en prenda, según lo prescriben los artículos 1.866, 1.867 y 1.870, es decir, podrá retenerla en su poder ó en el de la

tercera persona á quien hubiere sido entregada, hasta que el crédito le sea satisfecho, debiendo cuidarla con la diligencia de un buen padre de familia, con derecho al abono de los gastos hechos para su conservación y respondiendo de su pérdida ó deterioro, conforme á las disposiciones del Código; no podrá usarla sin autorización del deudor, que permanece siendo dueño de dicha cosa hasta que no llegue á ser expropiado de la misma por razón de la deuda; y si, á pesar de todo, usare el legatario ó abusare en cualquier otro concepto de esa cosa, podrá el deudor pedir que se la constituya en depósito.

En la hipoteca, el legatario no adquirirá la propiedad del inmueble gravado por falta del pago de la deuda dentro del plazo convenido (art. 1.884); á todo más, lo que podrá pedir, según previene la ley de *Enjuiciamiento civil*, es el pago de la deuda ó la venta del inmueble.

Otras mayores ampliaciones sobre estos particulares las reservamos para los comentarios de los artículos reguladores del legado de crédito y del de liberación de deudas.

***

El párrafo 2.° de nuestro art. 867, al disponer que el legatario se subrogará en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero, siempre que se anticipara á solventar la deuda, está conforme con el precepto general en materia de pago de las obligaciones, pues también el art. 1.158, en su apartado segundo, estatuye que el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor (aquí el heredero ó legatario, principal encargado del cumplimiento de la manda) lo que hubiere satisfecho.

El artículo que comentamos no alude siquiera á la excepción contenida en ese mismo párrafo segundo y en el tercero del citado art. 1.158, ó sea la de que el pago se haga por tercera persona, contra la expresa voluntad del deudor, en cuyo caso el que se anticipó á pagar podrá repetir contra el deudor sólo aquello en que le ha sido útil el pago.

Como nuestro art. 867 no menciona para nada esa excepción, y como al legatario se le concede el dominio y disfrute de una

cosa sujeta á gravamen, que le interesa cancelar ó hacer desaparecer, pudiendo, pues, considerarse ese artículo como disposición particular y especial al lado de la general referida, opinamos que el legatario, aun contra la voluntad de la persona encargada por el testador del cumplimiento de la manda, puede hacer el pago legítimamente de la deuda exigible, sin perder el derecho de la subrogación á que antes nos referíamos; para lo cual, y como medida de previsora prudencia, le aconsejaríamos que requiriera á dicha persona á que efectuara tal pago en el plazo que le señale, bajo apercibimiento de satisfacer él la deuda exigible y repetir después contra el moroso. Esta reclamación posterior podrá llevar consigo también, de conformidad con los principios generales en materia de obligaciones, la de los réditos legales que produjere la cantidad pagada por el legatario á contar desde la interposición de la oportuna demanda.

Hasta aquí el art. 867 viene refiriéndose á las deudas garantizadas con prenda ó hipoteca, al legado de cosas gravadas por medio de esas garantías. Se observará que tal precepto no hace alteración alguna sustancial ni accidental de los principios generales que regulan en el derecho y en el Código esas instituciones accesorias, así denominadas acertadamente por los autores. La cosa hipotecada ó empeñada supone la existencia de un derecho real; es decir, que independientemente de la persona en cuyo poder se encuentre ó á favor de la cual responda de obligaciones que está llamada á garantizar, siempre queda asignada en beneficio del acreedor que la ha gravado. Á esto responden los oportunos preceptos de la *ley Hipotecaria*, alusivos al respeto que merece el gravamen inscrito en el Registro, mientras no aparezca cumplida la obligación principal que aquél asegura; á ese fin, igualmente, tienden las prescripciones en materia de prenda, que, por lo mismo que se refieren á cosas muebles, no pueden constituir tan segura garantía como las hipotecarias.

Obsérvese, asimismo, que, aunque los dos primeros párrafos art. 867, á primera vista, parece que aluden simplemente á da exigible contraída por el testador con tercera persona eedora, se refieren, en general, á deudas contraídas en favor no en contra del testador. Si de ello quedara duda, bastaría

comparar los preceptos análogos de los Códigos extranjeros, y, principalmente, el 871 del de la República de Uruguay, de donde está traído casi literalmente el nuestro, y se observará que no ha copiado el inciso de éste «*de una deuda exigible del mismo testador*», quedando sólo lo de «*de deuda exigible*».

* * *

El legado de cosa empeñada ó hipotecada aparece regulado exclusivamente en los dos primeros párrafos del art. 867. El tercero alude á las mandas de cosas que están gravadas con cualquiera otra carga distinta de la prenda é hipoteca. En realidad, por consiguiente, debía examinarse esa especie de mandas en artículo distinto, aunque creemos que á ello se habrá destinado la última parte del expresado precepto, porque tal forma de legar no encierra ninguna anormalidad ni especialidad más que las ya expuestas anteriormente, asignándosele sólo la excepción que ese párrafo tercero del art. 867 encierra.

La prescripción de que cualquiera carga perpetua ó temporal que no constituyan prenda ó hipoteca, á que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario, se halla conforme con aquella otra disposición de carácter general que habremos de examinar más adelante, según la cual, la cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y *en el estado en que se halle al morir el testador*. Ya observamos que esto no ocurriría en el legado de cosa empeñada ó hipotecada; por ello consideramos el principio desenvuelto en el apartado último de dicho artículo 867 como una excepción á la regla sentada en los otros dos párrafos anteriores.

Siempre que el gravamen no sea de carácter personal, es decir, que se estableciera únicamente en consideración á la persona del testador, la cosa gravada objeto del legado ha de sufrir esa carga, porque con ella responde de obligaciones sin cuyo cumplimiento ó cancelación se estimó desde un principio que aquélla no había de ser libre. O sea, en términos más técnicos, ese gravamen constituye un derecho real, y, por tanto, el que lo tenga á su favor podrá ejercitarlo cuando proceda y le convenga, cualquiera que sea la persona en poder del cual se halle esa cosa.

Robusteciendo la expuesta idea, recordamos que el art. 659 del presente Código tiene ya estatuído que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte; y no concluyen, por virtud de la del testador, derechos ó gravámenes cuya duración y realidad jurídica se estipularon para mayor número de años.

La última aclaración que comprende ese párrafo 3.° del artículo 867 parece, en realidad, redundante. Si el legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador, y desde ese momento solamente lo transmite á sus herederos, muy lógico es que con anterioridad á esa fecha no se le haga responsable de obligación alguna que signifique una consecuencia jurídica de la manda, como supone ese pago de rentas ó réditos vencidos hasta la muerte del testador de la cantidad asegurada con la cosa que se lega; y mucho más, tratándose de pagos que deben realmente satisfacerse aun en vida del testador. De modo que ni aun al heredero le correspondería abonarlos, si no tuviese que responder en general el haber hereditario del pasivo que haya dejado el difunto, y por tanto, de esos réditos ó rentas no satisfechos. Por esto suponemos nosotros que se ha empleado el término más genérico de «*herencia*», para designar la personalidad jurídica de cargo de la que debe correr el pago de los réditos ó intereses y rentas devengados por una prestación asegurada con objeto legado, sobre el que esté impuesto gravamen perpetuo ó temporal, que no sea prenda ó hipoteca.

* * *

Consecuencia de lo establecido en la primera parte del párrafo tercero, que acabamos de explicar, es lo que preceptúa el vigente art. 868, cuyo estudio por esta razón incluímos en el mismo comentario del art. 867.

Si toda carga perpetua ó temporal, no siendo prenda ó hipo-, pasa con la cosa legada al legatario, el usufructo, el uso habitación, que son gravámenes, ya perpetuos ó ya tem-ales, seguirán igual regla. Por tanto, dicho legatario deberá bir su manda con la condición de respetar esas limitaciones

al pleno disfrute y dominio del objeto que le ha donado el testador en su testamento.

Tal disposición está, además, de acuerdo con lo que estatuyen los artículos 513 y 529 del presente Código, los cuales declaran extinguidos los derechos de usufructo, uso y habitación, entre otros varios casos, por espirar el plazo por que se constituyeron ó por cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo; sin que tales preceptos ni otros señalen, como manera legal de conclusión, la de la muerte del dueño del objeto gravado, y, por tanto, la del testador en el supuesto que venimos examinando.

De suerte que la frase de nuestro art. 868 «*el legatario deberá respetar esos derechos hasta que legalmente se extingan*», fácilmente da á entender que al legatario seguirá correspondiéndole la propiedad nuda del objeto legado hasta que muera el usufructuario, usuario ó persona que goce del derecho de habitación, ó hasta que espire el plazo por que se constituyeron esos derechos ó se cumpla la condición resolutoria consignada en el título constitutivo ó hasta que por otro cualquier motivo se reúnan en dicho legatario el usufructo, uso ó habitación y la nuda propiedad, ó renuncien á estos derechos los que venían disfrutándolos desde antes de la muerte del testador ó se pierda la cosa sobre que recaían tales limitaciones de dominio, ó se resuelva el derecho del constituyente, es decir, del testador ó del legatario en el presente caso, ó prescriban el usufructo, el uso ó la habitación.

Por lo que atañe á la regulación de los derechos y obligaciones respectivos que correspondan á los dueños de la nuda propiedad y del usufructo, uso ó habitación de cosa legada en testamento, téngase aquí por reproducidas, en lo pertinente, todas y cada una de las prescripciones que constituyen el *tít. 6.°, libro 2.° del Código,* cuidándose sólo de sustituir el testador por el legatario, que es quien sucede á aquél en todo lo que sean deberes y facultades de dicho propietario.

El legado de que trata nuestro art. 868 no es el legado de usufructo, como equivocadamente creen algunos comentarista del Código, al asignar á aquella disposición legal, precedente de Códigos extranjeros relativos exclusivamente al legado d usufructo. De lo que trata dicho artículo español es de lo cor

trario, de la manda de la nuda propiedad de cosas sujetas á usufructo, uso y habitación. Por eso apenas encontramos en esos Códigos preceptos ni análogos, ni iguales, ni siquiera contrarios al que comentamos.

Sólo el Código de Méjico, en su art. 3.556, conviene con él sustancialmente; y ya el proyecto español de 1882 (art. 852) buscó casi como precedente literal ese mismo precepto mejicano. Por cierto que, tanto uno como otro, añaden á los términos de que consta el que en estos momentos examinamos la frase «*sin que el heredero tenga obligación de ninguna clase*», la cual aparece en aquél suprimida con muy buen acuerdo, porque si la cosa legada pasa al legatario con el gravamen de usufructo, uso y habitación, que habrán de durar lo mismo que si no hubiera fallecido el autor del legado, ó sea cuando por ministerio de la ley deban extinguirse, y si tales limitaciones del dominio no suponen otra cosa que la de disfrutar la persona ó personas á favor de las que están establecidos del aprovechamiento parcial en un sentido ú otro de la cosa sobre la que recaigan, de ello lógicamente se desprende, sin necesidad de que llegue á tanto la previsión y deseo de aclaración del legislador, que nadie más que el legatario, sucesor del anterior dueño de la nuda propiedad de la cosa legada, y el usufructuario, usuario y quien goce del derecho de habitación, son los que han de figurar en esa relación jurídica. La cosa legada solamente es sobre la que gravan esos derechos, con independencia de la persona á cuyo dominio vaya á parar, por muchas que fueran las transmisiones de que se la hiciera objeto.

Recuérdese que por el art. 489 del Código, el propietario de bienes en que otro tenga el usufructo podrá enajenarlos (que es lo que hace el testador al ordenar el legado de que venimos tratando), pero no alterar su forma ni substancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario; al contrario, de las limitaciones que impone á éste el art. 480, según el cual, dicho usufructuario podrá aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla á otro y enajenar su derecho de usufructo, a que sea á título gratuito, si bien todos los contratos que ce- l e como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, s o el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se consi- d rá subsistente durante el año agrícola.

¿Por qué no se habrá referido igualmente nuestro art. 868 á las servidumbres? Éstas, según la definición del art. 530, suponen un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño. El art. 534 declara también que las servidumbres son inseparables de la finca á que activa ó pasivamente pertenecen, hasta el punto de que (art. 535) si el predio sirviente se divide entre dos ó más, tal gravamen no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarlo en la parte que le corresponda. De otro lado, y por lo mismo que ese derecho es de naturaleza eminentemente real, entre los modos de su extinción que enumera el art. 546 no hallamos el de la muerte del dueño del predio sirviente. Luego, si el testador lega una cosa sujeta á servidumbre, el legatario deberá respetar ese derecho hasta que legalmente se extinga.

Podría creerse que el último apartado del art. 867, al referirse á cargas perpetuas ó temporales en general, aludía á las servidumbres; pero en todo caso, esa alusión serviría únicamente para darnos á entender que el objeto legado sobre el que gravase una servidumbre, pasaría con ésta al legatario; no en cuanto á disponer que tal derecho únicamente se extinguiría por los medios que las leyes ó la voluntad de los particulares tienen ya determinado, que es de lo que concretamente se ocupa el art. 868, con relación á los gravámenes del usufructo, uso y habitación.

Es cierto que tal omisión no implica contrariedad alguna, puesto que lo que el expresado artículo no resuelve, ya hemos visto que lo decide el tratado general del Código sobre servidumbres; pero lo mismo podríamos decir de lo que se estatuye respecto á los derechos de usufructo, uso y habitación, y, sin embargo, á ello se ha dedicado nada menos que un precepto de ese cuerpo legal. Por esto, dicho artículo no tiene precedente en el Derecho civil antiguo ni en el proyecto de 1851, y sólo se ha traído al Código, y antes, según dijimos, al proyecto de 1882, por seguir á la legislación mejicana.

Corroborando las precedentes consideraciones legales, tenemos además las que surgen de diversos preceptos de la *ley Hipotecaria*, la cual tendrá en tal sentido oportuna aplicación cuando los derechos de servidumbre, usufructo, uso y habitación graven bienes inmuebles y el gravamen resulte inscrit

en el Registro de la Propiedad. A este efecto, y en general, el artículo 77 de dicha ley dispone que las inscripciones no se extinguen en cuanto á tercero sino por su cancelación ó por la inscripción de la transferencia del dominio ó derecho real inscrito á favor de otra persona; añadiendo el art. 82 que las inscripciones no se cancelarán sino, entre otros medios no pertinentes al caso de que tratamos, en virtud de escritura ó de documento auténtico, en el cual exprese su consentimiento para la cancelación *la persona á cuyo favor se hubiere hecho la inscripción* ó sus causahabientes ó representantes legítimos. Esa persona será, en el problema que examinamos en este comentario, como no parece difícil suponerlo, la que tenga á su favor los derechos de servidumbre, usufructo, uso ó habitación.

ART. 869. El legado quedará sin efecto:

1.° Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía.

2.° Si el testador enajena, por cualquier título ó causa, la cosa legada ó parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto á la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.

3.° Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, ó después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado á pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el art. 860.

Concordancias.—Igual en su párrafo segundo al art. 685 del proyecto de 1851 é igual al 853 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, lib. III, tit. V, ley 2.ª*.—...Otrosi, aquellas cosas que primero habie mandadas, o algunas dellas que diere o enajenare, la manda que ante habie fecha de aquellas cosas, no vala: maguera que nombrada, mientre no lo desfizo; ca tanto vale que lo desfaga por fecho, como por palabra: e si aquello que habie mandado, o alguna cosa dello no lo ajenare, o no lo mandare por palabra, ni lo mandare a otri en manda que despues faga, vala aquello que habie mandado.

Part. 6.ª, tit. IX, ley 42.—Lanã o madera auiendo algund testador, si despues que ouiesse fecha manda dellas, en ante que se muriesse, fiziesse paño de la lana, ó fiziesse de la madera casa, o naue, o otro edificio, desatase por ende tal manda e non vale despues, porque faziendo esto, entiendesse que quiso reuocar la manda a aquel que la auia fecho. Otrosi dezimos, que si el testador fiziere manda de alguna carreta o carro, que aquel a quien es mandada tal cosa la deue auer con la bestia que la trae. Pero si despues en vida del testador se muriesse la bestia que la solia traer, desatase por ende la manda, e non vale, fueras ende, si el testador en su vida metiesse otra bestia en lugar de aquella, que fuesse muerta, ca estonce aura la manda aquel a quien fuesse fecha.

Partida 6.ª, tit. IX, ley 17.ª—Viña, o tierra, o otra cosa semejante destas que fuesse suya del testador, si la mandasse a alguno en su testamento, e despues desto en su vida la vendiesse o la camiasse, en saluo finca aquel a quien la mando, de demandar la estimacion de aquella cosa. Fueras ende si el heredero del testador pudiesse prouar que su entencion fue del que fizo la manda, de reuocarla e por esto la enagenaua. Mas si el fazedor del testamento, despues que ouiesse mandado alguna cosa, lo diesse en don á otro, estonce se entiende, que reuoca, la manda que auia fecha della, e por ende non la puede despues demandar al heredero.

Partida 6.ª, tit. IX, ley 40.ª—Donacion faziendo el testador en su vida a algun ome de alguna cosa que ouiesse mandada en su testamento a otro, desatase por ende la manda, porque semeja que se arrepintio, pues la dio á otro en ante que muriesse. Mas si la vendiesse, o empeñasse, non se desataria nin reuocaria por ende, ante dezimos, que aquel a quien fue mandada que deue auer el precio, porque fue vendida o la estimacion si

fuere empeñada, assi como de suso diximos. E esto es porque semeja, que pues que el testador la vendio, ó la empeño, que su entencion fue de lo fazer por mengua que auia e non por reuocar la manda.

Partida 6.ª, tít. IX, ley 41.ª—Si la cosa que ouiesse mandada el testador a otro señaladamente, se perdiesse despues o si se muriesse sin culpa del heredero desatase por ende la manda, e non seria tenudo el heredero de la cumplir. Pero si dubdassen si se perdiera aquella cosa por su culpa del heredero, o si fuera traspuesta, o escondida con su sabiduria, estonce deue el dar tal recabdo que si paresciese aquella cosa que la de a aquel a quien fue mandada. E dezimos que estonce se pierde la cosa por culpa del heredero, quando non la guardasse o non la fiziesse guardar assi como las otras sus cosas, o si se perdio de tardando a sabiendas de la dar por non querer ó por negligencia del. E por ende la deue pechar el heredero a aquel a quien fue mandada.

Partida 6.ª, tít. IX, ley 39.ª—Reuocar puede el testador todas las mandas cada que quisiere, quier sean fechas en testamento acabado o en otra escriptura qualquier. E aun las que fuessen fechas en testamento acabado, puedelas reuocar en otra escritura que se faze ante cinco testigos a que llaman en latin *codicillus*. Otrosi, se podria desatar la manda, quando el testador cancelasse la escritura della por su mano misma o la mandasse cancelar a otro. Mas si la cancelasse otro alguno sin mandado e sin sabiduria del testador, valdria la manda, si fuesse cancelada de manera que se pudiesse leer, o si se pudiesse prouar con cinco testigos que fuesse fecha.

(Véanse además las leyes *21*, *39*, *43*, *44* y *45* de los propios título y *Partida.)*

COMENTARIO.—Nótase en el tratado que estamos comentando la ausencia de plan científico, siendo de ello consecuencia el desorden con que aparecen examinados los puntos que el cuestionario de dicha institución jurídica comprende.

emos, en efecto, que se interrumpe el examen de cada na de legar, para dar cabida al estudio del problema gene- le revocación ó caducidad de legados, que afecta, no á uno llos en particular, sino á todos igualmente; por cuyo mo-

tivo procedía tratar de ese extremo, bien al principio de la presente sección, donde se exponen otras consideraciones generales sobre mandas, ó bien al final del articulado, ya que se trata de los modos de extinción, de ineficacia, de anulación posterior de las llamadas desde antiguo por el Derecho disposiciones testamentarias á título singular.

Cualquier procedimiento fuera aceptable, menos el que vemos adopta el legislador español, al colocar el transcrito art. 869 entre los que regulan la manda de cosa sujeta á prenda, hipoteca, usufructo, uso ó habitación, y el que dispone lo relativo al legado de un crédito contra tercero, y el de perdón ó liberación de una deuda del legatario, siguiendo después también el examen legal de la manda genérica de liberación ó perdón de las deudas, de la hecha á un acreedor, de las alternativas, de cosa mueble genérica, de cosa inmueble no determinada, de educación, de alimentos, de pensiones y otras.

A pesar de la general y comprensiva frase con que comienza el art. 869, «*el legado quedará sin efecto*», no prevé aquél todas las formas de extinción, revocación ó ineficacia de mandas, ni tampoco, en la presente sección del Código, resulta justificada esa frase de sentido amplio, que parece excluir todo otro modo por el que esas disposiciones singulares queden sin efecto.

Los artículos 862, 865, 866, 871, 872, 875 (párrafo 2.º), 878, 888, 889 y 890 mencionan expresamente casos de ineficacia de legados ó aluden indirectamente á otros igualmente atendibles para el Derecho.

A pesar de que varios de esos preceptos los hemos analizado ya detenidamente, y de otros haremos lo propio en momento oportuno, para que al estudiar dicho art. 869 queden en lo posible previstos los casos por los que no puede subsistir un legado, haremos después en este mismo comentario mención de todas esas maneras de revocación ó de ineficacia que el legislador no creyó conveniente agrupar en un solo precepto.

¿Qué motivos mediaron para que no se diera otra forma de redacción al comienzo del art. 869, diciéndose, por ejemplo: «Además de los casos que en otras partes del Código se determinan, el legado quedará sin efecto: 1.º», etc.?

Los ignoramos; como no sean los mismos que explican otros

muchos descuidos é inadvertencias en que se ha incurrido al sancionar precipitadamente la obra legislativa quizá más transcendental del presente siglo.

Ante todo, las mandas pierden su eficacia, lo propio que los testamentos en que constan establecidas, cuando el testador las revoca expresa ó tácitamente, y aunque (art. 737) manifestara previa ó posteriormente su voluntad ó resolución de no revocarlas.

Excusado nos parece explicar ahora, después de haber dedicado á ello extensamente otros comentarios, qué debe entenderse por revocación expresa y qué por la tácita. Los dos primeros casos que distingue nuestro art. 869 indudablemente se refieren á otras tantas maneras de revocación tácita.

Tanto ha progresado el espíritu jurídico de los tiempos al regular la materia de revocación expresa de mandas, que existe un abismo desde la época de la jurisprudencia clásica romana hasta nuestros días. En aquélla sólo podia tener lugar dicha revocación expresa, valiéndose el testador de locuciones solemnes exactamente opuestas á las que se hubieran empleado para otorgar el legado; si, por ejemplo, como dice un tratadista de Derecho romano, se había dicho *do, lego,* la manda debía revocarse diciendo *non do, non lego:* haciendo desaparecer el mismo Justiniano tal rigor de fórmulas y declarando válida toda revocación, aunque no se expresara en términos opuestos á los del legado, siempre que la voluntad del testador resultare en tal sentido claramente manifestada. Hoy, si bien el art. 743 tiene establecido que caducarán ó serán ineficaces las disposiciones testamentarias, y por tanto, los legados, en todo ó en parte, *sólo* en los casos *expresamente* prevenidos en este Código, tenemos diversas formas de revocar tácita y paladinamente, llegando á considerarse, según luego veremos, hasta como señal del cambio de voluntad en el testador, y por tanto, causa de revocación tácita, el hecho de enajenarse por el testador mediante cualquier título ó causa, la cosa legada.

Todos los motivos legales por los que se anula totalmente un testamento, claro es que habrán de producir la ineficacia pe las mandas que en aquél aparezcan ordenadas, pues éstas, como parte de un todo que queda por entero sin valor jurídico, ha de seguir su misma suerte. Así, pues, no producirán efecto

alguno los legados ordenados en un testamento revocado por otro posterior, si éste no mantiene la subsistencia de aquéllos, á no ser que el testador vuelva á revocar ese testamento posterior y declare expresamente que valga el primero; produciendo su efecto la revocación, como preceptúa el art. 740, aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero ó de los legatarios en él nombrados, ó por renuncia de aquél ó de éstos.

Dejarán de ser exigibles también los legados hechos en un testamento que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas ó los sellos quebrantados ó borrados, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen; habiendo entonces de tenerse presentes las salvedades y limitaciones que forman el objeto de los últimos párrafos del art. 742.

Caducarán asimismo los legados cuando el legatario sea incapaz, según los artículos 745, 750, 752, 753, 754, 755 y 756, ó cuando en el legado se falte á prescripciones generales, desvirtuándose su naturaleza (artículos 781, 783, 785, 792, 794 y 813, por ejemplo). Á este propósito, debemos citar la *Sentencia* del Tribunal Supremo *de 8 de Enero de 1876*, según la cual, es válido el legado hecho á favor de un párroco que, si bien prestó auxilios espirituales al testador é intentó confesarle, no llegó á verificar la confesión; no infringiendo el Tribunal que así lo reconoce la *ley 15, tít. XX, libro 10 de la Novísima Recopilación*, que da por nulas y sin valor las mandas que hiciere el testador en la enfermedad de que muriese, á favor de su confesor ó de los deudos de éste.

En la presente sección del Código también encontramos causas definidas de caducidad de legados. Y diremos, haciendo deducciones de la doctrina general que forma el contenido del artículo 858, que si el testador grava á un legatario con manda superior en valor á la que le concedió, ese exceso quedará sin efecto, siempre que dicho legatario haya aceptado tal encargo sin añadir ninguna otra modalidad, reduciéndose por tanto en esa forma la donación hecha por el testador á ese segundo donatario *mortis causa*.

Caducará además el legado de cosa ajena cuando el testador ignorase aquella cualidad; lo propio que el de cosa del testador, del heredero ó del legatario en la parte que no corresponda

á éstos, á no ser que el primero hubiera declarado expresamente que legaba la cosa por entero.

Es nula, y por tanto también caducará *ipso iure*, la manda de cosas que estén fuera del comercio; y la de objeto que al tiempo de otorgarse el testamento fuese ya propia del legatario, aunque en él tuviese algún derecho otra persona, salvo que en este último caso, el testador manifestara que dicho objeto fuera liberado de tal derecho ó gravamen, valiendo sólo en cuanto á esto el legado.

Caduca el legado de un crédito contra tercero si el testador, después de haberlo hecho, demandase judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento.

No producirá efecto alguno la manda genérica de liberación ó perdón de las deudas posteriores al tiempo de hacerse el testamento, excepto si, según explicaremos en el oportuno comentario, el testador hubiere ordenado otra cosa.

Será ineficaz la manda de cosa inmueble indeterminada si no la hay de su género en la herencia.

Quedarán sin efecto los legados de educación y de alimentos después que el legatario sea mayor de edad ó muera, respectivamente, y á no ser que lo contrario constare dispuesto en el testamento.

Se declarará caducado por ministerio de la ley asimismo uno de los dos legados concedidos á una persona, si ésta ha renunciado al otro, y uno de ellos es oneroso.

Véase, pues, por lo expuesto, á lo que queda reducida la esfera de comprensión de nuestro art. 869, en materia de caducidad ó de revocación de mandas, y de qué manera tan evidente han quedado frustrados los propósitos del legislador si trató de reducir á unidad dicha materia, dedicando para ello exclusivamente el referido precepto. Y no se arguya que éste comprende casos de ineficacia comunes á toda clase de mandas, pues muchos de los ejemplos que citamos y que con tal objeto transcribimos de otras partes del Código, hacen asimismo relación á todo género de disposiciones á título singular.

En cambio, falta el medio de revocación por excelencia, que es el de la renuncia, ya expresa, ya tácita, del legatario á hacerse cargo de la donación que le fué concedida en testamento;

y por él debía comenzar el artículo que comentamos. Nada se dice tampoco del medio de extinción por muerte del legatario, ni del de incumplimiento de la condición que á éste le haya sido impuesta por el testador para poder disfrutar la manda.

Deciamos antes que, por lo menos, dos de los casos regulados en el art. 869 comprendían otros tantos de revocación tácita de las mandas por parte del testador. En efecto: en la intención presunta de éste se funda el legislador para declarar sin valor alguno legados en los que, si no por medio directo, da bien claramente á comprender el testador su cambio de voluntad, ya dando otra forma ó denominación al objeto de la manda, ó ya transmitiendo su dominio, es decir, alterando sustancialmente las condiciones en que se encontraba cuando exteriorizó primeramente sus propósitos dicha persona en el documento testamentario.

El tercero de los supuestos que diferencia dicho artículo no se propone significar modificación alguna en los propósitos del testador; se explica más bien por la imposibilidad que la realidad le impone, de hacer que se entregue al legatario un objeto que posteriormente á su cesión ha dejado de existir, sin que de tal hecho pueda culparse ó hacerse responsable en justicia á ninguna persona.

La *ley 35, tit. IX de la Partida 6.ª*, nos enseña asimismo que se extingue el legado cuando se deja á uno que se creía vivo, siendo así que había fallecido.

Otros tratadistas clasifican los medios de caducidad ó ineficacia de las mandas por razón de las personas que intervienen en las mismas: el testador, el legatario y la persona gravada. Advertimos en esa clasificación la deficiencia de no comprender el caso antes mencionado, ó sea, el de perecimiento de la cosa legada viviendo el testador, ó después de su muerte sin culpa del heredero.

Como nota crítica, por último, aplicable á los tres puntos legales que analiza el precepto cuyo comentario exponemos, advertimos que éste, por lo que se ve, ha tratado exclusivamente de señalar casos de caducidad de mandas que fuesen en un principio perfectamente válidas, aunque con el transcurso del tiempo perdiesen su efecto. Por tanto, no podrán llamarse nulos los legados que se encuentren en tales condiciones, pues la nu-

lidad, según ya en otra parte explicamos, supone la ineficacia de una cosa que no ha tenido nunca existencia legal; se supone no nacida para el Derecho; y tampoco con el tracto del tiempo podrá convalecer: *Tractu temporis convalescere non potest.*

Como diçe un publicista español, en realidad, la ley busca en este art. 869, más que principios que aplicar, reglas para penetrar en la verdadera intención de los testadores, á fin de resolver lo que sea más conforme con la voluntad presunta de los mismos. No otra razón de ser tiene, principalmente, la disposición del número primero de dicho artículo, pues que, manteniéndose en una forma ú otra la cosa legada, parece, á simple vista, que debía respetarse y mantenerse la validez de la manda dispuesta por el testador antes de la transformación de esa cosa. Sin embargo, el Código no se ha atrevido quizás á separarse del Derecho tradicional sobre tal extremo, constituyendo ese número primero un virtual trasunto de la *ley 42 de Partida*, anotada en los *Precedentes legales.*

Podríamos dar hasta nombre jurídico á esa operación que dicho apartado refiere, al hablar de transformación de la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía. En efecto: al tratar de la accesión de bienes muebles, examinamos el modo llamado *especificación*, que resultaba de la formación de un nuevo componente, de una nueva especie, como dice la misma palabra, por persona distinta de aquella ó aquellas á quienes pertenecían los materiales empleados. Esta manera de adquirir se diferencia, por virtud de tales caracteres, de los modos llamados «*mezcla* ó *confusión*» y «*unión* ó *incorporación*».

Las *Partidas* ponen el ejemplo de paño que el testador hiciera de la lana legada, ó de casa, nave ó edificio formados de la madera á que se refirió aquél en su testamento; de conformidad con aquellas expresiones del *Digesto*, «*Sed et materia legata, navis, armariumve ex ea factum, non vindicetur;*» «*nave autem legata, dissoluta, neque materia neque navis debetur*» (1), dándose la razón de estas disposiciones en el mismo cuerpo legal, al declarar «*nam mutata forma proprie interimit substantiam rei*».

(1) *Dig.* §§ *1.°* y *2.°*, *ley 88, tit. único, lib. XXXII.*

En realidad, se corresponden el número primero y el tercero del art. 869, pues si el testador transforma la cosa legada, haciéndola que pierda su forma y hasta la denominación que tenía, perece dicha cosa, al menos jurídicamente considerada, en cuanto deja de existir con los caracteres que anteriormente la distinguían. Por esto dice un tratadista que una cosa ha perecido en el sentido de la ley, no sólo cuando ha dejado de existir absolutamente, sino también cuando ha dejado de existir en la especie que tenía. *Ex dissolutione et permutatione rei legata in alteram speciem, voluntas mutata videtur.*

Para dar solución dentro del Código civil á una duda que los autores proponían según la legislación anterior, precisase puntualizar las palabras de que se vale el apartado primero del artículo que comentamos: En él se habla de *transformar*, de *perder* su forma la cosa legada, para que, por virtud de tales operaciones, vengamos en conocimiento del cambio de voluntad realizado en el testador, y, por tanto, de la consiguiente caducidad de la respectiva manda.

Repetimos que dicho apartado más bien implica esta última idea, ó sea la de modificación en el ánimo del testador, demostrada por la transformación de la cosa legada, que la de imposibilidad, comprendida en el núm. 3.° del referido precepto, de ejecutar lo dispuesto á título singular en el testamento.

Debida á tal consideración, tiene aquí mayor oportunidad la excepción de que la caducidad decretada por el núm. 1.° del artículo 869 cesará ante la demostración que se haga de que el testador quiso dar á entender otra cosa.

Por lo tanto, si la cosa objeto de la manda fué incorporada á un objeto, sin perder su forma ni su denominación, pudiendo fácilmente disgregarse de aquél, el legado no se invalidará.

De aquí que no podamos admitir como ortodoxa, dentro de nuestra novísima legislación civil, la resolución patrocinada por los jurisconsultos romanos, conforme también con lo ordenado por su Derecho, al declarar que cuando el cambio de la cosa legada se hace revistiendo á ésta de una nueva forma, que puede fácilmente sustituirse por la que antes aquélla tenía, vale la manda; poniendo como ejemplo el de que si se lega á un individuo un lingote de plata y después se hace un vaso de él, el legado será debido, porque la plata no pierde su

nombre por la transformación y puede fácilmente tomar por el fuego la forma de lingote.

La transformación y la denominación que cita nuestro apartado no han de entenderse en sentido tan literal como el expuesto. También la madera de que consta el buque se llama igualmente madera, como la legada por el testador. Sin embargo, nadie podrá sostener legalmente que en ese caso y aun habiendo posibilidad de restituir tales materiales á su primitivo estado, se deba la manda.

Si el apartado en cuestión no mencionara más que los términos «*transformación*» y «*forma*», omitiendo el de «*denominación*», podría avanzarse algo en la deducción de consecuencias jurídicas, aproximándonos al criterio de los jurisconsultos romanos.

El hecho de añadir el testador la piedra preciosa legada á un anillo, no implicaría, según el núm. 1.° de nuestro art. 869, la caducidad ó revocación de la manda; porque dicha piedra conservará, aun después de la incorporación, su forma y su nombre específico. Se aplicarían en ese caso las reglas correspondientes de la accesión sobre bienes muebles.

Si el testador daba, explícita ó indirectamente, con dicha incorporación á entender otra cosa, el legado caducaría, mas no por el motivo que señala en primer lugar el tan citado art. 869, sino por virtud de otros preceptos del Código que subordinan la validez de las disposiciones testamentarias, universales ó singulares, á la idea de que no aparezcan revocadas tácita ó expresamente por el que en un principio las ordenó.

***

La enajenación de la cosa legada hecha por el testador, como motivo segundo que el art. 869 considera bastante para producir la ineficacia de las mandas, tiene alguna historia en nuestros recientes anales jurídicos, y dió lugar á la publicación de un interesante y luminoso folleto del distinguido jurisconsulto D. Eugenio Montero Ríos, resolviendo la duda de si ca- ca el legado de especie por la venta de la cosa legada, hecha i necesidad por el testador después de otorgado el testamento. manaba tal duda de la evidente pugna en que se encontra- n la *ley 2.ª, tit. V, libro III del Fuero Real*, y *las 17.ª y 40.ª*,

tít. IX, Partida 6.ª, todas insertas en nuestros *Precedentes legales*. Esa monografía, como inspirada y motivada por el planteamiento de importante litigio, uno de cuyos sostenedores figuraba dirigido por el citado Letrado, dió lugar á la *Sentencia* del Tribunal Supremo de *11 de Julio de 1882*, que resolvió tal problema en el sentido de reputar vigente la legislación de *Partidas*, declarando, por tanto, que debía entenderse revocada la manda de cosa cierta cuando, después de otorgada, fuese aquélla vendida por el testador.

Esta era también la doctrina del Derecho Romano, la opinión del jurisconsulto Celso, adoptada por los Emperadores Severo y Antonino. Cayo afirma que la nulidad del legado por enajenación de la cosa estaba declarada sólo por el Derecho civil estricto y no confirmada por el *Senado-consulto Neroniano*.

Se estima, tanto en la legislación romana como en la del Rey Sabio, que debe estarse, sin embargo, al hecho de que por la venta haya cambiado ó no de intención el testador.

Algunos autores dicen que nuestro Código civil ha seguido sobre el particular la legislación del *Fuero Real*. Pero ¿quiere esto decir que el art. 869 prescinda por eso del referido hecho, ó sea de qué no se haya modificado el primitivo propósito del testador, á pesar de la enajenación de la cosa legada? En modo alguno. Por encima de dicho precepto está todo el espíritu general del tratado de sucesiones, que subordina, con la sola excepción de los extremos relacionados con el interés público, la validez de las distintas cláusulas de un testamento, ante todo, á la idea de que sean producto espontáneo y libérrimo de la voluntad de quien ordenó aquél.

En lo que se distinguen las leyes del *Fuero* y de las *Partidas* es en que éstas declaran la caducidad de la manda sólo tratándose de determinada clase de enajenación realizada por el testador, mientras que el precepto ya citado del *Fuero Real* proclama la misma caducidad en todos los casos de enajenación; y esta doctrina es la que sigue el apartado segundo de nuestro artículo 869.

Fundamentando la disposición que dicho apartado comprende, dice Laurent, se trata de una revocación tácita; el legado no tiene efecto más que á la muerte del testador; si viviendo éste, enajena la cosa legada, cesa de ser propietario de ella, y no

puede por tanto disponer de la misma á su muerte; es decir, ha cambiado de voluntad el testador, porque, por un hecho suyo, se ha puesto en la imposibilidad de ejecutar su primer propósito.

Las primeras palabras del referido apartado dan bien claramente á entender que el legislador quiso secundar la teoría ya recordada del *Fuero Real*. La enajenación ha de realizarse por cualquier título ó causa, trátese de una venta, de una permuta, de una donación, etc.

Aunque por la jurisprudencia de la Dirección general de los Registros se halle equiparada la hipoteca á un verdadero caso de enajenación, no por eso debemos deducir en el presente caso que si el testador hipoteca la cosa que en calidad de libre legó en un principio, se considere revocada la manda; porque, al constituir la hipoteca, no enajena por completo dicha cosa; y ya el mismo precepto que examinamos prevé que si la enajenación fué sólo de parte del objeto legado, se entenderá subsistente la manda en aquella otra de que no se dispuso, cuya parte podrá ser, no solamente la material que resulte de una división de igual género que se haga en dicho objeto, sino también una ideal que se suponga relativa á la transmisión parcial de facultades que están comprendidas en la total dominical.

Mas, ¿toda clase de enajenación produce la caducidad de los legados? Parece que sí, según el tenor terminante del núm. 2.° del art. 869, puesto que hasta comprende la enajenación nula. Sin embargo, ya expresaremos más adelante hasta dónde debe llegar el alcance de dicha frase. La enajenación hecha bajo condición suspensiva, entendemos, con los jurisconsultos franceses Aubry y Rau, Laurent, Dalloz y Demolombe, que no producirá la caducidad de la manda, mientras no se cumpla tal condición, porque, como declara el mismo art. 1.114 de nuestro Código civil, en las obligaciones condicionales, la adquisición de los derechos dependerá del acontecimiento que constituya la condición. Luego no existirá el hecho jurídico de la enajenación hasta que aquélla no haya tenido efecto. Estamos, pues, en este caso, y en dicho sentido, dentro de la letra y espíritu de nuestro art. 869. Habrá en la enajenación con condición suspensiva indudablemente cambio en la voluntad del testador, pero solamente procederá tenerlo en cuenta y aplicarlo cuando dicho suceso condicional se realice.

Otra cosa sucede con la enajenación sujeta á condición resolutoria. Como dice Laurent, en ella ya se trata de una enajenación pura y simple, ya hay desde luego transmisión de la propiedad. Es cierto que aquélla puede ser resuelta, sosteniéndose quizá ante esta eventualidad que el vendedor no tuvo intención de enajenar. Mas aquí la enajenación adquiere efectividad desde luego, y por tanto ocurre la imposibilidad de que el legatario entre en posesión del legado, sin que legalmente pueda tampoco adquirirlo cuando la cosa vuelva á poder del testador, por la prohibición terminante del núm. 2.° que comentamos, la cual llega hasta límites mucho más lejanos de los referidos.

Igualmente opinamos sin vacilación alguna que la expropiación por motivos de utilidad pública y el apoderamiento de la cosa legada por los acreedores del testador no dan lugar á la ineficacia de la manda, según el citado núm. 2.° El precepto que analizamos no se refiere á la enajenación en abstracto, ni á la que haga cualquiera persona, sino á la que realiza el mismo testador, pues que comienza diciendo dicho núm. 2.°: «Si *el testador enajena*», etc.; y nadie podrá sostener que, aun cuando aquél ha de figurar, consintiendo forzosamente y por los expresados motivos, en la escritura en que se lleve á cabo la cesión al Estado, ó á quien se subrogue en su lugar, de los bienes expropiados, indique dicha enajenación en el testador la idea de cambio de propósito para con el legatario instituido en su testamento. Lo que ocurrirá en este caso es que el legado no podrá cumplirse porque, como dice un insigne tratadista, la cosa no se halla en poder del testador al tiempo de su muerte, haciéndose entonces imposible el cumplimiento de los artículos 883 y 886, según los cuales, la cosa legada deberá entregarse en el estado en que se halle al morir el testador, y el heredero habrá de entregar aquella misma, no cumpliendo con dar su estimación.

Pero en los dos casos antes distinguidos, de expropiación por utilidad pública y de apodera miento de la cosa legada por los acreedores del testador, si aquélla vuelve á poder de éste, renacerá en toda su fuerza el legado siempre que la misma subsista en el momento de la muerte del referido testador.

El art. 3.840 del Código argentino dispone que la venta de la cosa legada hecha por disposición judicial á instancia de los

acreedores del testador, no revoca el legado, si la cosa vuelve al dominio del testador.

De estas últimas consideraciones deducimos también otra general y aplicable á todo el número ó apartado que examinamos. El legado caduca cuando el testador enajena el objeto que legó, porque esa facultad de libre disposición que como dueño le asiste, puede ejercerla en todo tiempo á su arbitrio, sin que constituya para él compromiso ó le sirva de traba alguna la manda que otorgó con anterioridad, pues es sabido que las cláusulas testamentarias no tienen efecto hasta después que fallece quien las ordenó, siendo éste señor de sus actos y de sus cosas, con y sin el testamento, hasta el instante en que desaparece del mundo.

Por cuyo motivo, la prescripción objeto de nuestro examen se propone exclusivamente declarar la ineficacia del legado para el caso en que la cosa vuelva á poder del testador antes de la muerte de éste, y por eso dispone que los legados caducan por la enajenación del objeto en que consisten.

Tal consideración general claro es que no resulta aplicable á las mandas de cosa ajena y á las genéricas, en las cuales cabe en determinados casos que pueda entregarse la estimación de lo legado.

Deciamos anteriormente que necesitaba alguna explicación la frase del núm. 2.º del art. 869, «*aunque sea por la nulidad del contrato*», para no apartarla de sus verdaderos y prudentes límites. Literalmente entendida, autorizaría el que fuese revocado un legado por enajenación que hubiese realizado el testador con defecto de consentimiento. Dice con razón el jurisconsulto francés Demante, que se llegaría á consecuencias contrarias á los principios más elementales del Derecho y de la razón si, exagerando dicha doctrina, se diese efecto revocatorio á una enajenación nula por vicio de consentimiento. ¿Cómo una voluntad impotente para transferir la propiedad podría tener la fuerza de revocar un legado? Si la enajenación lleva el vicio de violencia de error, ¿será posible atribuir algún efecto á acto semejante? Es lógico deducir entonces que el testador se *arrepintió*, como dicen las *Partidas*, del otorgamiento de la manda?

Según la indicación que hemos hecho en este mismo comentario, aunque el núm. 2.º del art. 869 no considere la nulidad

del contrato en que aparece hecha la enajenación como obstáculo para que surta sus efectos la caducidad de la manda, tal frase ó idea ha de interpretarse en relación con otras del mismo texto, el cual comienza refiriéndose, como ya hicimos observar anteriormente, á que la enajenación ha de ser realizada por el mismo testador; y no puede decirse que éste enajena, que se liga por vínculo jurídico alguno, cuando aparece dando un consentimiento por violencia, por error, por dolo, etc., puesto que ya el Derecho y la razón misma sellan esos actos con el carácter de nulos *ipso iure*. Descartadas, pues, todas esas causas, debemos atenernos únicamente á la manifestación libre y espontánea de la voluntad del hombre, que es precisamente la fuente en que nos inspiramos en el presente comentario, para juzgar que los motivos de revocación que comprende el art. 869, en su mayor parte, no representan más que signos, señales indudables de un propósito en el testador, contrario al que le decidió á otorgar el legado. Los demás motivos de nulidad distintos del que antes referíamos, no empecen á que la enajenación produzca la ineficacia de dicho legado.

Así, pues, si el testador era una mujer casada, y enajenó sin el consentimiento de su marido en los casos en que las leyes precisan de este requisito, ó un menor no emancipado pero con capacidad para otorgar testamento, ó no ha mediado causa y objeto en el contrato, aunque la cosa legada vuelva por esas razones (que afectan en otros órdenes á lo esencial de la convención) á poder del testador, no por eso en el que fué nombrado anteriormente legatario renacerá derecho alguno, ni facultad para reclamar la más insignificante indemnización.

Hasta creemos que, tratándose de una donación, aunque el donatario no la acepte, y por ello vuelva lo donado á manos del testador ó quede en poder de éste, nada recobrará el que fué sólo legatario de nombre. En este sentido, y aun siendo muy análogos los preceptos de los Códigos francés y español, respecto al referido extremo, no mostramos nuestra conformidad con un fallo de la jurisprudencia francesa, resolutorio de que la donación nula por defecto de aceptación no produce la revocación de legados hechos en un testamento anterior. Como expresa acertadamente Rogron, el defecto de aceptación de la

donación es extraño al testador donante, lo cual no impide que haya realmente manifestado su propósito de revocar el legado.

La excepción relativa al pacto de retroventa implica también la vuelta de la cosa legada á poder del testador. No será, pues, ese el motivo que tuvo la ley para citarlo expresamente al lado de la regla general que se desprende del apartado que analizamos. El pacto de retroventa, ó sea el llamado por el Código en su art. 1.507 retracto convencional, tiene lugar cuando el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de indemnizar al comprador del precio de la venta, de los gastos del contrato, de los necesarios y útiles hechos en dicha cosa, de cualquier otro pago legítimo que en aquél hubiere mediado y de todo lo demás que se pactara anteriormente. Por tanto, aun manifestada la voluntad del testador en el sentido de la enajenación, el aditamento de reservarse el derecho á recuperar el objeto del contrato implica asimismo la intención de que retorne á su patrimonio aquél, á fin de que lo disfrute el legatario, como en un principio dispuso.

Es el Código español, entre los de las Naciones que tienen su Derecho civil codificado, de los pocos que se singularizan en el particular referido de la retroventa, y casi de los que hemos hojeado, el único que menciona esa excepción taxativamente; pues los Códigos mejicano y guatemalteco (artículos 3.543 y 940 respectivamente) que admiten la excepción de que la cosa legada vuelva á poder del testador, no expresan más que esta idea genérica, sin otra alguna aclaración. Los Códigos francés, italiano, portugués, chileno, austriaco, uruguayo, holandés y de la República Argentina, ó mencionan la causa de caducidad de mandas por enajenación de la cosa legada, sin más aditamentos, ó claramente desechan la indicada excepción de que readquiera aquélla el testador.

***

Por último, cesan de producir efecto los legados, cuando se pierde el objeto en que consisten. Aquí ya no hay voluntad presunta del testador contraria á la primeramente manifestada en el testamento; aquí se ve la imposibilidad material de cum-

plir lo que el autor de aquél dejó dispuesto, por causa ó vicio no imputable á persona determinada. El testador puede en vida, como ya dijimos, hacer de las cosas legadas, como de las demás que componen su herencia, lo que mejor le parezca, sin más restricciones que las establecidas en las leyes, como declara el artículo 348 del Código civil, ó «*segund Dios é segund fuero*», según frase del Rey Sabio en la *ley 1.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª*, al definir el derecho de propiedad.

Con más motivo, por consiguiente, habrá que rendirse ante la realidad cuando, aún vivo el testador, la cosa legada dejó de existir por causas de que aquél no responde, pues el núm. 3.º del art. 869 á esta idea alude.

De modo que, aun habiendo culpa por parte del testador, ni el legado revive, ni el legatario adquiere derecho alguno de indemnización. Por esto declara el art. 3.803 del Código argentino que el legado caduca también cuando la cosa determinada en su individualidad perece antes de la muerte del testador, sea ó no por hecho de éste, ó por caso fortuito. Esta diferencia separa, en el caso concreto de que tratamos, al testador del heredero, y lo que se dice de éste, debe decirse en general del obligado al pago de la manda ó mandas en cuestión.

Este último es, como ya dijimos en otra parte de estos comentarios, un verdadero heredero fiduciario, á quien se grava con la entrega de bienes ajenos. Por tanto, habrá de exigírsele las mismas ó muy parecidas obligaciones que al que en análogas instituciones jurídicas interviene con ese carácter de gestor de negocios de otra persona

La Instituta justiniánea, §§ *16 á 19 del tít. II, lib. 2.º*, ya declaraba caducado el legado si la cosa objeto de éste pereciere por hecho del heredero. Una de las leyes de *Partida* anotada en los *Precedentes legales* se vale de la propia idea que el precepto del Código que explicamos; es decir, decreta la cesación jurídica de la manda si la cosa legada pereciere *por culpa* del heredero.

Tal concepto lo define el art. 1.104 de dicho Código al disponer que la culpa ó negligencia del deudor (en este caso del obligado al pago del legado) consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda á las circunstancias de la persona, del tiempo y

del lugar; y, caso de que tal diligencia no se exprese, se exigirá la que correspondería á un buen padre de familia.

Respecto al caso fortuíto, ya declara el art. 1.105 que fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, ó que, previstos, fueran inevitables.

Si media morosidad por parte del encargado de la satisfacción de la manda, aunque la cosa perezca sin culpa suya, igualmente será debido el legado, porque, en general, y según el artículo 1.101, quedan sujetos á la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dicha morosidad, y porque además, el legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador y á los condicionales desde que se verifica el hecho que los caracteriza jurídicamente.

La cuestión debatida dentro de la antigua legislación civil respecto al caso en que hubiera perecido sólo parcialmente la cosa legada, deja de tener importancia hoy, porque el § 3.° del artículo que estudiamos ya establece que la desaparición de aquélla ha de ser total para que la manda se considere caducada, por analogía á lo ordenado en cuanto á la enajenación de la referida cosa; pues si queda sin enajenar una parte de ella, parcialmente subsiste el legado. Así, en el Derecho romano, si el testador legare esclavas con sus hijos, aunque las primeras muriesen, quedaba subsistente el legado en cuanto á los hijos, lo propio que acontecía cuando se legaban esclavos ordinarios con sus esclavos vicarios (ó sea los que venían á constituir parte del peculio de aquéllos); porque, aunque los primeros muriesen, subsistía la manda por lo que á los vicarios correspondía. *(Instituta, § 17, tit. XX, lib. II.)*

Por consiguiente, legado un rebaño, si de éste no queda más que una oveja, el legatario puede reclamarla. En el caso de que se legase un carro con sus bestias, desaparecidas éstas, sería reclamable aquél, y viceversa. Siendo el objeto de la manda un edificio, destruído éste se haría efectiva aquélla sobre el solar. El párrafo 2.° del art. 882 declara que la cosa legada correrá, desde el instante de la muerte del testador, y tratándose de mandas específicas y determinadas, hechas sin condición, á

riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida ó deterioro, como también se aprovechará de su aumento ó mejora.

La última salvedad que comprende el apartado tercero del artículo 869 es tan natural que apenas necesita explicación, después de expuestas las consideraciones que nos sugirió el artículo 860. Es sabido, y constituye uno de los axiomas del Derecho más comprobados y repetidos, que el *«género nunca perece.»* En efecto: si el testador ha legado un caballo, una mesa, dos mil pesetas, etc., sería preciso probar lo que casi representa un imposible, que pereciera entonces toda la raza caballar, todos los muebles denominados mesas y todo el numerario en las variadas formas con que éste hoy se conoce. En tales casos, tampoco, por consiguiente, pueden ser aplicables las reglas del caso fortuito ó de la culpa en el obligado á pagar la manda.

Mas, ó el referido apartado persigue un propósito que nosotros no alcanzamos á ver, ó de lo contrario, representa una redundancia, después de lo que el Código ya tiene dispuesto en otra parte para los legados de cosa no determinada, sino señalada solamente por su género ó especie.

Estamos indudablemente aludiendo, en efecto, al caso en que la cosa legada perezca después de haber entrado en su posesión el legatario; porque antes no se conoce cuál en concreto ha de ser la que aquél habrá de recibir, ya que se supone que el testador dejó en libertad al obligado al pago del legado para que diera la que, estando comprendida dentro del género, no fuese de calidad inferior ni superior, como dice el art. 875 al referirse al legado de cosa mueble ó inmueble genéricas. Luego, si la última aclaración del apartado que comentamos alude á momento en que el objeto de la manda está ya disfrutándose por la persona á quien iba destinado, la responsabilidad de evicción que en ese precepto se establece es la misma que ya el art. 860 determinaba, en cuya idea nos confirma la referencia que se hace al final de dicho apartado.

De esa manera tiene más satisfactoria explicación el criterio que asimismo mantenemos de que el término *«evicción»*, que se cita en ese núm. 3.° del art. 869, está empleado técnicamente; procediendo, por tanto, dar por reproducido todo lo que, aludiendo en lo pertinente á la parte del Código que regula más

extensamente dicho concepto jurídico, expusimos en el comentario de dicho art. 860.

El perecimiento á que alude el expresado número tercero será, por consiguiente, tanto el físico como el jurídico, ó sea aquel que tiene lugar cuando de la cosa legada llegue á ser privado el legatario por virtud de una sentencia firme y de un derecho anterior al momento en que aquél entró en el ejercicio real y efectivo de su cargo, y cuando asimismo la cosa perezca por defectos ocultos ó gravámenes que no estuvieren á la vista, á no ser que el legatario fuera perito ó que por razón de su profesión ú oficio debiese fácilmente conocerlos.

ART. 870. El legado de un crédito contra tercero, ó el de perdón ó liberación de una deuda del legatario, sólo surtirá efecto en la parte del crédito ó de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador.

En el primer caso, el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor.

En el segundo, con dar al legatario carta de pago, si la pidiere.

En ambos casos, el legado comprenderá los intereses que por el crédito ó la deuda se debieren al morir el testador.

Concordancias.—Igual al art. 686 del proyecto de 1851 y al 854 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. IX, ley 47.* Carta o escritura alguna que fuesse fecha sobre debda que deuiessen al testador seyendo la carta atal que se pudiesse el debdo prouar por ella, si tal carta mandasse el testador a algun ome, entiendese que le manda aquel debdo que le deuen por aquella carta.

ART. 871. Caduca el legado de que se habla en el artículo anterior si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento.

Por el legado hecho al deudor de la cosa empeñada sólo se entiende remitido el derecho de prenda.

Concordancias.—Igual en su párrafo primero al art. 687 del proyecto de 1851, é igual también en su primer párrafo al artículo 855 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. IX, ley 15.* ... Pero si aquella debda o cosa de que fizo la manda el testador en su vida, la ouiesse ya demandada e recibida de aquel que gela deuia, estonce non le valdria tal manda, nin seria tenudo el heredero de dar la estimacion della, porque se entiende que la reuocó, pues que la demando e que gela dieron. Mas si el debdor de su grado pagasse aquella debda al testador sobredicho, a quien la deuia, non gela demandando; estonce el heredero tenudo seria de dar la cosa o la estimacion della, a aquel a quien fue mandada. E esto es, porque pues el debdor gelo pago de su grado, non gela demandando el fazedor del testamento, semeja que su entencion fue de la recebir, como para guardarla, para aquel a quien la auia mandada.

Partida 6.ª, tit. IX, ley 16.—En peños teniendo algun ome cosa de otro por dineros que ouiesse emprestado sobre ella, si este a tal a quien fuesse obligada, fiziesse manda de aquella cosa a aquel mismo que gela obligara, vale tal manda. Pero á sus herederos en salvo les finca su derecho para poder demandar á aquel que la empeñó, los dineros que el testador le auia prestado sobre aquella cosa.

ART. 872. El legado genérico de liberación ó perdón de las deudas comprende las existentes al tiempo de hacerse el testamento, no las posteriores.

Concordancias.—Igual al art. 689 del proyecto de 1851 y al 857 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. IX, Ley 15.* — *(Veanse los precedentes del artículo anterior.)*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 870, 871 y 872.—Los artículos 870, 871 y 872, transcritos, al mencionar algunas modalidades de los legados de crédito y de liberación de deudas, indican ya cuanto el legislador creyó necesario decir respecto á los mismos. En todo, pues, lo que no determinan claramente esos preceptos, habrá de estarse á las reglas generales en materia de legados, esparcidas en diversos artículos de la presente *Sección décima.*

En realidad, los artículos que vamos á comentar comprenden por igual mandas de crédito existentes á favor del testador. En el primer caso que distingue el art. 870, el crédito grava á una tercera persona extraña al legatario; en el segundo, es éste el que figura como deudor. En ambos casos, media evidente utilidad para dicho legatario; pues, ó aparece siendo cesionario de tal crédito, y, por tanto, subrogado en todas las facultades y derechos que correspondían al cedente, ó sea al testador; ó se le da de baja en la categoría de deudor, liberándosele de todas las obligaciones y compromisos á que antes estaba sujeto.

Estos, con otros de análoga naturaleza, son los legados que versan sobre cosas no corporales, puesto que lo que transmite el testador son derechos que «*ome ha contra sus debdores*», como dice la *ley de Partida,* anotada en los *Precedentes legales.*

Agrupamos en un solo comentario el examen de los artículos 870, 871 y 872, porque el primero, según hemos dicho, regula una modalidad de los legados de crédito y de liberación de deuda, el segundo establece la manera especial como caducan, y el último señala una aclaración con referencia á las mismas clases de mandas.

*
* *

a) Legado de crédito contra tercero.—La idea que comprende el primer párrafo del art. 870 es consecuencia de un principio que hasta la saciedad hemos repetido en el curso de estos co-

mentarios: los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su fallecimiento. De suerte que, antes de ese momento, los créditos á favor del testador pudieron haberse disminuido ó también aumentado por razón de la acumulación de intereses y por otros motivos. Por lo que, anticipando cuestiones á que daremos después mayor desenvolvimiento, puede ahora decirse, á propósito de lo que acabamos de afirmar, que, aunque el testador hiciera desaparecer parte del crédito ó de la deuda que trató de liberar en el testamento, reclamándolas judicial y parcialmente, no por eso se destruiría el legado más que en esa parte, porque el propósito del testador que revela ese hecho fué, sin duda alguna, el de reservar la porción restante para el legatario.

La manera de hacer el material traspaso, digámoslo así, del crédito constituído á favor del testador, á que se refiere el apartado segundo del art. 870, sería indudablemente la entrega del papel, documento ó escritura en que estuviera consignada dicha obligación; y esto es lo que debe hacer el heredero ú obligado al pago de la manda, cuando medien esas señales visibles de las convenciones. Pero como puede suceder, y así es muy posible, que el crédito se haya otorgado de palabra, en dicho apartado se consigna la frase genérica y jurídica «el heredero cumplirá con *ceder al legatario todas las acciones* que pudieran competirle contra el deudor»; la misma de que se vale Justiniano al regular también el legado de crédito en el § *21, tít XX, libro II* de la *Instituta*.

Se trata, por tanto, verdaderamente de la transmisión de un crédito, aunque á título gratuito. Serán, pues, aplicables algunas de las prescripciones del *cap. VII, tit. IV, libro IV* del Código civil, que se titula «De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales».

Por esto, el pago hecho por el deudor al testador extingue el crédito; ya diremos después si en beneficio ó en perjuicio del legatario.

En dicho crédito deben de ir comprendidos todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda ó privilegio (artículos 1.527 y 1.528).

El heredero ó el obligado al pago de la manda; ¿responderá al legatario de la existencia y legitimidad del crédito? Enten-

demos que no. Aquéllos se limitarán á transmitir al segundo todas las acciones, documentos y datos que tiendan á hacer más fácilmente exigible el crédito; y, por consiguiente, entregarán simbólicamente éste en la misma forma que lo recibieron del testador. Además, como se trata de cosa no genérica, sino determinada y concreta, por lo que se refiere, sobre todo, á la índole de la obligación debida y á la persona del deudor, no cabe el saneamiento por evicción, según nos enseñan los artículos 860 y 869, núm. 3.°

El obligar al testador, y por tanto á sus representantes jurídicos, *mortis causa*, á responder de la existencia y legitimidad del crédito, aun no legándose éste como dudoso, y de la solvencia del deudor, fuere ó no la insolvencia anterior ó pública, parecerá siempre un absurdo asimismo incompatible con la naturaleza especial del derecho hereditario y de la consideración de que gozan los llamados á disfrutarlos. El art. 3.561 del Código de Méjico dice á este propósito que el que debe pagar el legado queda por entero libre de la obligación de saneamiento y de cualquiera otra responsabilidad, ya provenga ésta del mismo título, ya de insolvencia del deudor ó de sus fiadores, ya de otra causa.

El legado de crédito supone, á su vez, también una verdadera novación en el contrato anteriormente constituido entre el testador y el deudor. En efecto: uno de los modos por los que las obligaciones pueden modificarse, según el art. 1.203 del Código, núm. 3.°, es la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor. Ese tercero es, en el caso sobre que discurrimos, el legatario; y la subrogación se verifica, cediendo al legatario el heredero ú obligado al pago de la manda, como representantes jurídicos del acreedor, las acciones que éste tenía.

La novación adquiere su efectividad jurídica, porque dicho acreedor declara expresamente en el testamento su voluntad de sustituir su persona por la del legatario en la relación jurídica que tiene concertada con el deudor. Así aparecen cumplidos los requisitos que previenen los artículos 1.204 y 1.209, el último de los cuales añade que la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código; en los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto.

Esa subrogación, confirmando ideas anteriormente enunciadas, transfiere, según el art. 1.212, al subrogado el crédito con los derechos á él anejos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores ó poseedores de las hipotecas.

***

b) Legado de liberación de deuda del legatario.—El legado de crédito otorgado á favor del testador por el mismo legatario supone la liberación de éste en su cualidad de deudor. Por esto se llama legado de liberación de deuda, para distinguirlo del legado propiamente de deuda, que más adelante examinaremos.

Las obligaciones se extinguen por los mismos medios que las establecen. El acreedor conviene con el deudor en entregarle una cantidad en metálico ó en bienes equivalentes, con el compromiso de que se le devuelva en los plazos que estipulen; pues si la persona á favor de la cual nacen derechos en esa obligación, los renuncia, debe darse aquélla por saldada. Este modo de extinción recibe en el Derecho el nombre técnico de «*condonación de la deuda*». El art. 1.190 del Código estatuye que la condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera, cuya declaración ya veremos después que robustece la contenida en el párrafo último del art. 871.

Auténtica y solemne es sin duda la manifestación por la que un testador declara ceder á su deudor aquella misma cantidad que éste le venía debiendo. Tanto, que de no existir el art. 871, la exhibición del testamento sería bastante para la cancelación de la hipoteca inscrita, que asegurara la solvencia del aludido crédito. Pero el testador pudo en vida haber reclamado la deuda á aquél; y este extremo, causa de la caducidad de la manda, quizá no le constara al Registrador con sólo examinar el referido testamento. Por lo cual ha de precisar conocer el consentimiento del heredero, en su calidad de interesado en el cumplimiento ó no cumplimiento de la manda y en el de representante universal del difunto.

Y como, de todas suertes, el legislador no ha de mirar por

los intereses del legatario deudor más que éste mismo, establece en sentido potestativo el recurso de poder solicitar de dicho heredero carta de pago, que de la manera más definitiva y más solemne, le solvente de sus compromisos para con el testador.

Téngánse presentes, entre otra svarias, las prescripciones de los artículos 1.168 y 1.174 del Código. La primera estatuye que los gastos extrajudiciales que ocasione la satisfacción de la deuda, y por tanto, en el caso presente, los que produzca la expedición de la carta de pago, serán de cuenta del deudor; sin que al heredero deba de exigirse nada por este concepto.

El referido art. 1.174 prevé y resuelve un caso que es posible se dé en las mandas de liberación de deuda. En efecto: el testador puede declarar en su testamento que libera al deudor de una de las deudas que tiene para con él pendientes, sin añadir ninguna otra cosa más, y sin que sea fácil descubrir su intención de las otras cláusulas de dicho documento. En tal supuesto, se entenderá que el testador quiso perdonar la deuda más onerosa, entre las que estaban vencidas; y cuando éstas fueran de igual naturaleza y gravamen, la liberación se referirá á todas ellas á prorrata.

Si el crédito ó la deuda rinden intereses, se entienden cedidos ó perdonados al legatario, respectivamente en los dos casos que venimos diferenciando, sólo aquellos réditos que se produjeren después de la muerte del testador, por el principio que domina en todo el Derecho sucesorio y al que nos hemos referido muy repetidas veces. Aquellos réditos correspondientes á anualidades ó periodos anteriores á dicho momento, serán debidos al heredero, á la tercera persona á quien dicho testador gravó con el cumplimiento de las expresadas mandas.

Además de poder el testador legar al mismo deudor la deuda, puede también prevenir á su heredero que no pida aquélla durante cierto tiempo. Esta manda representa también para el legatario una verdadera utilidad, y en tal sentido es perfectamente admisible en el Derecho; encontrándola nosotros virtualıte comprendida en el párrafo tercero del art. 870. Á ella len también las *Instituciones* de Justiniano en la última 'e del § *13, tít. XX, lib. II.*

***

c) Caducidad del legado de liberación de deuda.—La regla especial de caducidad que prevé el art. 871 es común á las dos especies de mandas de que venimos tratando, porque ya expresamos que ambas comprenden un crédito á favor del testador, variando sólo la persona favorecida con su cesión. Si, pues, una vez otorgado el testamento, su autor reclama dicho crédito, para lo que cuenta con perfectas facultades, el legislador supone (con presunción *iuris tantum*) que aquél ha variado de intención, y, por tanto, destruída ésta, que es la base en que se apoyan todas las disposiciones testamentarias, por regla general, desaparecerá asimismo el efecto de tal causa.

Acabamos de decir que en el art. 871, á nuestro juicio, se descubre una presunción *iuris tantum*, porque, si bien en él nada se da á entender en tal sentido, es incontrovertible, según las reglas del Derecho sucesorio, que si del testamento se desprende otra conclusión en contrario, aunque sólo sea virtualmente, aun con las premisas que dicho precepto establece, no sería posible deducir ni declarar la caducidad del legado.

Las propias consideraciones expuestas nos sirven para desentrañar el sentido del precepto expresado, especialmente para el caso en que la cantidad debida vuelva á poder del testador por la sola voluntad del deudor. El art. 871 está terminante: cuando el primero reclamare judicialmente la deuda en cuestión, recóbrela ó no por consecuencia de esas gestiones; mas si éstas no existieron, aun recobrándose el crédito, v. gr., por pago voluntario del deudor, implícitamente da á entender la citada disposición legal que no por ello queda sin efecto la manda de la deuda.

El § *21, tít. XX, libro II de la Instituta* establecía ya esa excepción, que pasó en el propio sentido á una de las leyes de *Partidas* insertas en los *Precedentes legales.*

Del § *XIII, ley 11, tít. XXXII del Digesto* se deduce también que pudiendo probarse que el testador no mudó de voluntad, debe considerarse subsistente la manda, aun cuando la deuda fuese devuelta voluntariamente por el que la debía. La mencionada ley de *Partida* del propio modo declara que, bajo dicho supuesto, el heredero está obligado á entregar la cosa debida ó su estimación, porque, ya que el deudor la pagó

de su grado, no desmantelándosela el fazedor del testamento, parece que su intención fué recibirla como para guardarla á aquél á quien la habia mandado.

¿En qué razonamientos, pues, se apoya el tratadista Sr. Navarro Amandi *(Cuestionario del Código civil reformado)* para sostener lo contrario de lo que tanto el Derecho romano, como el del Rey Sabio disponian, sin que nuestro precepto del art. 871 indique la menor perceptible huella que suponga la derogación de tan valiosos precedentes jurídicos? ¿Cómo es posible sostener, dentro del sentido literal y aun virtual de aquél, que lo mismo se produce la ineficacia del legado, aunque la deuda aparezca recobrada por el testador, sin acto alguno, en tal sentido, de parte suya?

Es más: sostenemos que si el testador reclama extrajudicialmente la tan repetida duda, el legado no caduca. El artículo que comentamos menciona claramente la «*reclamación judicial*», y da, por consiguiente, á comprender, sin asomo de duda, que la excepción á que alude fué regulada por el legislador en sentido restrictivo. Luego si aun vuelta la cosa debida á poder del testador por virtud de gestiones particulares del mismo, no hay caducidad, ¡con cuánta mayor razón no ocurrirá lo propio verificándose igual hecho voluntaria y espontáneamente por el deudor!

En efecto: si el hecho de la reclamación significa que el testador cambió de propósito con referencia á la merced concedida en un principio al legatario, mientras otra cosa no se demuestre (valiéndose el legislador del adverbio modal «*judicialmente*», para indicar que no debe quedar duda alguna de la clase de gestiones que haga dicho testador), esa deducción no puede establecerse cuando aquél nada hizo por su parte, ninguna manifestación expresó, ningún acto llevó á cabo que pudiera exteriorizar el referido cambio de voluntad; limitándose solamente á recibir lo que, si se negare á aceptar, perderia para siempre, para sí y para su legatario.

Téngase presente esta consideración fundamental; la regla cial de caducidad que establece el apartado primero del artículo 871 no puede significar otra idea que la del cambio en la nción del testador, porque si no sería injusta, incongruente explicable.

Algunas legislaciones extranjeras se han inspirado en igual criterio restrictivo; prueba de ello la tenemos en el Código mejicano (art. 3.564), el cual dispone que los legados de crédito y deuda á favor del testador, subsistirán aunque éste haya demandado judicialmente al deudor, si el pago no se ha realizado.

No puede sostenerse, como lo hace el citado jurisconsulto Sr. Navarro Amandi, que, recobrada la deuda por el testador, sin hecho alguno de su parte, se considere perdida la cosa legada. Al contrario, vuelve á poder de su dueño y queda en él con mayor seguridad que antes. Habrá cambio en la persona que la disfruta, pero nunca perecimiento físico, ni aun jurídico, para los efectos del legado.

***

d) *Legado hecho al deudor de la cosa dada en prenda, ó hipotecada, ó en anticresis.*—El último apartado del art. 871 alude en realidad á otra nueva especie de manda. Algunos Códigos extranjeros, y el mismo proyecto de 1851, regulan aquélla en un artículo aparte.

Si es cierto que, entre otros requisitos esenciales del contrato accesorio de prenda, existen los de que ésta ha de ponerse en posesión del acreedor ó de un tercero, de común acuerdo; que éstos tienen derecho á conservarla en su poder, mientras no sea pagado el crédito, hasta el punto de que pueden ejercitar las acciones que competan al dueño de dicha cosa pignorada para reclamarla ó defenderla contra diversa persona, y que el deudor no puede obtener la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor, mientras no pague aquél la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso (artículos 1.863, 1.866, 1.869, § 2.°, y 1.871 del Código), encontramos muy en razón el legado de prenda, que puede conceder, por tanto, quien posee ésta en seguridad del crédito constituido á su favor.

Mas como las obligaciones garantizadas con *prenda* comprenden dos diversos derechos en el acreedor, ó envuelven dos contratos perfectamente diferenciables, el que constituye la obligación principal y el que forma la accesoria de garantía, pudiendo existir aquélla sin ésta, en las facultades del testador está el renunciar á uno de esos dos derechos, al privilegio

preferencia que le otorga la prenda, sin que por ello se entienda que cede á favor del deudor la cosa debida; á no resultar lo contrario del cuerpo del testamento en que aparezca concedido el legado.

Las observaciones expuestas se hallan además confirmadas por la disposición del art. 1.190 del Código, según el que, la condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera. No habrá duda alguna de que el último apartado del art. 871 alude á una verdadera condonación que hace el testador del derecho de prenda existente á su favor, por consecuencia del contrato principal de deuda que tiene con el legatario, á quien libera del primero.

Á dicho legatario le corresponderá, por tanto, la facultad de exigir del heredero ó del gravado con la ejecución de la manda que le entregue el bien mueble en que consista la prenda. Pero á aquéllos, como dice la ley de *Partida*, y virtualmente lo viene á declarar asimismo el párrafo del art. 872 que comentamos, les quedará á salvo el derecho para pedir al deudor los dineros que el testador le hubiere prestado sobre la referida prenda.

Lo que queda dicho del legado de prenda, fácil es en lo sustancial aplicarlo al legado de *hipoteca*. El testador puede asimismo renunciar á los privilegios que le otorga el crédito hipotecario, convirtiendo éste en común y autorizando al legatario para que disfrute como libre la finca gravada. Mas como la hipoteca, para que pueda surtir efecto contra terceros, necesita estar inscrita en el Registro de la Propiedad, según disponen de común acuerdo los artículos *146* de la *ley Hipotecaria* y 1.875 del Código civil, la manera como conseguirá el legatario esa liberación ó condonación de hipoteca, es logrando que se cancele en dicho Registro la oportuna inscripción, para que asimismo la hipoteca no pueda perjudicar á tercero que contrate ó haya contratado con el legatario. Á tal efecto, el *art. 148* de la referida ley estatuye que las inscripciones de hipotecas voluntarias sólo podrán ser canceladas en la forma que dispone el *art. 82*, ó sea, entre otros modos no pertinentes al caso que examinamos, por medio de documento auténtico, en el cual exprese su consentimiento para la cancelación la persona á cuyo favor se hubiere hecho la inscripción, ó sus causahabientes ó

representantes legítimos. Dicha persona será, en el referido caso, el testador, y el documento auténtico el testamento en que haga aquél la manifestación solemne de que libera de la hipoteca al deudor legatario.

Mas, si por pender de alguna otra condición, ó por ser aplicable en algún caso el apartado primero de nuestro art. 871, el Registrador opusiere alguna dificultad á admitir como bastante jurídicamente dicho testamento, opinamos que el legatario á su costa puede obligar á los causahabientes ó representantes jurídicos del difunto á que le otorguen la correspondiente escritura de consentimiento, ó en otro caso lo supliría la oportuna ejecutoria que expidiese el Juez ó Tribunal, después de la reclamación y tramitación prescritas por la ley de Procedimientos.

Las hipotecas legales inscritas subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubieren constituído y se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias; sin que los derechos ó créditos asegurados con dicha clase de hipoteca puedan cederse sino cuando haya llegado la ocasión de exigir su importe, y sean capaces para enajenarlos las personas que los tengan á su favor. Así lo declaran los artículos *164* y *155* respectivamente de la citada *ley Hipotecaria*.

En el mismo caso que la prenda y la hipoteca está la *anticresis*, en la cual, correspondiendo al acreedor-testador el derecho de percibir los frutos de un inmueble del deudor-legatario, con la obligación de aplicarlos al pago de intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito, cabe perfectamente que el primero renuncie asimismo á tal derecho y que el legatario, en consecuencia, perciba una utilidad con tal renunciá.

* * *

e) Legado genérico de liberación.—Al parecer, el art. 870, párrafo 1.°, alude á la liberación de una deuda ó de varias, pero determinadas y designadas taxativamente por el testador, dedicándose el art. 872 á regular la manda de liberación genérica de todas las deudas que el testador tenga contra una persona ó contra todos sus deudores en general, á los cuales otorga en su virtud la condición jurídica de legatarios.

La aclaración, por consiguiente, que comprende ese último precepto, más bien debía ir incluída en el art. 870 y antes

del 871, puesto que éste, al regular especialmente la caducidad de las mandas de crédito ó liberación de deuda, del propio modo es aplicable á las específicas que á las genéricas.

Mas bien que ir estableciendo qué clase de deudas de las existentes al tiempo del otorgamiento de la última voluntad se deben comprender en el legado genérico referido, creemos preferible afirmar que el art. 872 no admite distinción alguna. Por cuya razón huelga la duda de si deben de ir comprendidas en dicho legado las deudas condicionales, las á plazo cierto, las personales, las hipotecarias, etc. Es idea más comprensiva la de que el testador transmitirá, en esos casos, al legatario ó legatarios los mismos derechos que le correspondían como acreedor, y en la misma extensión se entenderán cedidos á aquéllos, sin que sea preciso, por consiguiente, establecer límites ni apreciar innecesarios distingos.

Las deudas condicionales las condonará dicho testador, ó liberará de ellas al deudor, según la forma y con los efectos que por su manera de ser habrán de producir. Las hipotecarias no se diferencian de las comunes, más que por razón de la garantía que las afecta, entendiéndose, por lo tanto, en el supuesto de que venimos partiendo, liberadas en cuanto á la obligación principal y á la accesoria, según establece el art. 1.190 del Código.

Al precepto que comentamos le faltó añadir una aclaración, no precisamente indispensable, pero sí muy conveniente, para su más exacta inteligencia. El legado general de liberación ó perdón de deudas comprenderá las existentes al tiempo de hacerse el testamento, entendiendo por tales las que además no fueron objeto de reclamación judicial por parte del testador, aunque no se hayan realizado al tiempo de su fallecimiento; porque respecto á ésas debe de aplicarse la caducidad establecida por el art. 871, que, por lo mismo, hemos dicho que convendría subsiguiera al 872.

Las deudas contraídas por el testador, después de dispuesta última voluntad, corresponderán al heredero ó á la persona haya designado, en su caso, en el testamento posterior. No responden al legatario ó legatarios instituídos, porque ó la ención del testador no podía tenerlas en cuenta ó no se haban todavía en sus facultades dominicales.

ART. 873. El legado hecho á un acreedor no se imputará en pago de su crédito, á no ser que el testador lo declare expresamente.

En este caso el acreedor tendrá derecho á cobrar el exceso del crédito ó del legado.

Concordancias.—Igual al art. 858 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.— *Part. 6.ª, tit. IX, ley 19.ª*— Cierta quantia de marauedis mandando el testador en su testamento a otro, diziendo asi: cient marauedis que yo deuo a fulano, mando que gelos den: si por auentura acaesciere que le non deuiesse ninguna cosa, tenudo es el heredero del testador de dar la quantia sobredicha, a aquel a quien la manda: porque se entiende que gelo quiso dar. E si gelos deuiesse el testador, por tal manda como esta non seria el heredero tenudo de darle mas, de aquello que le deuia por razon del debdo.

COMENTARIO.—Dice ROGRON, en oportuno juicio, que los legados son disposiciones puramente gratuitas, cuyo objeto es siempre el de favorecer á aquellos á quienes se hacen; no pueden, pues, ser considerados como el pago de una deuda; además, la disposición testamentaria, si revelara otro sentido que el expresado, sería absolutamente inútil, y los actos deben siempre ser tomados en el sentido de que produzcan algún efecto. Esta ciertísima consideración, mejor que ninguna otra que pudiéramos de nuestra cuenta exponer, justifica cumplidamente el anotado art. 873.

Supone fundadamente el legislador que, mientras el testador no dé á entender de modo expreso otra cosa, el legado y la deuda pendiente con el legatario son dos obligaciones distintas por entero. Y la misma realidad se encarga de confirmar esta idea. Si el testador, en el acto de otorgar su testamento, tiene en su memoria la deuda, es natural pensar que él mismo se decida, para dar mayor claridad á la liquidación póstuma de sus cuentas, á manifestar ó significar que el acto de liberalidad que en otro caso representaría la manda, es el pago de un tributo

justamente debido; con lo cual se cumple la excepción prevista en el referido artículo.

Cuando tal mención no exista en el testamento, es muy verosímil y lógico pensar que, en el momento de legar, el testador no se propuso saldar los débitos que contra él correspondieran al legatario ó legatarios. Por esto Justiniano decía: «*inutile est legatum, si nihil est in legato, quan in debito, quia nihil amplius per legatum habet.*»

El Código francés, en su art. 1.023, pone como ejemplo de legados hechos á acreedores el que se concede á un criado doméstico á quien el testador deba también los salarios. No echamos de menos en nuestro Código tal ejemplo, por cuanto ese caso es equivalente á otros muchos que pueden preverse, y en los que haya de figurar el testador como deudor y el legatario como acreedor.

Ya que toda la materia de sucesiones se basa fundamentalmente en la intención del testador, norma primaria y preferente de interpretación, á no ser que con ella se trate de infringir ó desconocer principios del Derecho público ó máximas de justicia que están por encima de las determinaciones individuales, bien pudo redactarse el art. 873 en sentido menos terminante, dando en él cabida á la excepción que derivase de la voluntad del instituyente, y otorgando igual valor—al efecto de compensar el legado y el crédito del legatario contra el testador—á la declaración expresa que éste hiciese en el testamento, y á la deducción que en igual sentido se obtuviese de las palabras y contexto con que su autor exteriorizase su voluntad. Así lo hace el Código chileno en su art. 1.131, al estatuir que lo que se lega á un acreedor no se entenderá que es á cuenta de su crédito, si no se expresa, ó si por las circunstancias no apareciere claramente que la intención del testador es pagar la deuda con el legado.

Declarando expresamente el testador este extremo, cual prevé nuestro art. 873, parece que la resolución del testador ineficaz ó innecesaria, al no conceder ni traspasar por ella al acreedor más derechos que los que tenía antes del testamento. Sin embargo, las previsiones humanas son múltiples y muy variadas las necesidades que el testador puede querer satisfacer al liquidar sus últimas cuentas para con sus sobrevivien-

tes. Por eso, un legislador que aspire al juicio de previsor ha de tener presente todas esas circunstancias.

Dice el distinguido tratadista Sr. Morató en el segundo tomo de su *Derecho civil español con las correspondencias del romano*, que parece debiera ser inútil el legado de deuda; sin embargo, está declarada su validez, en atención á que puede resultarle al acreedor la ventaja de convertir en deuda confesada y justificada la que tal vez carecía de comprobantes, en pura la que quizá era condicional ó á plazo, y, sobre todo, por el beneficio de la adquisición de nuevas acciones que reporta al acreedor, quien obteniendo el concepto de legatario, tiene en su virtud las mismas garantías y acciones que la ley atribuye á los legados.

Lo que se realiza jurídicamente en el caso de la excepción á que venimos aludiendo, es una verdadera compensación (modo éste, entre otros, como ya sabemos, de extinguir las obligaciones), puesto que por virtud de ella dejan de existir una y otra deuda en la cantidad concurrente (art. 1.202 del Código), cuya última idea confirma además el segundo párrafo del precepto que comentamos.

Pueden no darse en el caso que prevemos todos los requisitos que el art. 1.196 exige para que tenga lugar la compensación, porque es posible que las deudas consistan, una en dinero y otra en especie distinta, ó que la pendiente contra el testador no esté aún vencida, ó que no sea líquida ó exigible; mas aun dándose estas circunstancias, la manifestación del testador por sí sola es bastante para rehabilitar la deuda que en contra suya existe, purgándola de todos esos defectos, y para ponerla en condiciones de poder ser contrapuesta al legado que concede á su acreedor. Si dicho testador renuncia á derechos establecidos en su favor, nadie se considerará por ello perjudicado, ni se contradirá máxima alguna fundamental del Derecho.

Por eso dispone el citado precepto del Código de Chile (artículo 1.131) que entonces deberá reconocerse la deuda en los términos en que lo haya hecho el testador, ó en que se justifique haberse contraído la obligación, y el acreedor podrá á su arbitrio exigir el pago en los términos á que estaba obligado el deudor, ó en los que expresa el testamento; así se declara también en el párrafo último del art. 880 del Código uruguayo.

El testador podrá asimismo legar á su acreedor la prenda ó la hipoteca que estuviera por el primero concedida para la seguridad de la deuda, y, en tal supuesto, será asimismo aplicable el art. 873. Es decir: dando á entender dicho testador que en esa forma quiere solventar la obligación que tiene pendiente con la persona á quien lega tales prenda ó hipoteca, la cosa en que éstas consistan, por esta sola manifestación, pasará al perfecto dominio del legatario acreedor, aunque importe más valor del de la deuda en cuestión (párrafo 2.° del artículo que exponemos). Si no contiene esa manifestación el testamento, y en él se hace sólo la donación de la prenda ó hipoteca referidas, se verificará lo mismo tal transmisión de dominio *mortis-causa*, pero quedará vigente la deuda, aunque sin la referida garantía, á no ser que el acreedor renuncie al legado.

Siendo diferente la cuantía de la deuda y de la manda, como expresa el art. 858 del proyecto de 1882, de donde está tomado casi literalmente el que comentamos, el acreedor tendrá derecho á cobrar el exceso del crédito ó del legado. Esto es: si la deuda y el legado importan cantidad mayor la una que el otro, lo mismo que cuando consisten en especie diversa, procederá siempre el correspondiente cómputo, mediante tasación pericial, si se considera precisa ó está indicada, y en vista del resultado, el legatario siempre percibirá el exceso del crédito ó de la manda porque, en un caso, no pueden disminuírsele sus derechos de acreedor, tal cual fueron estipulados al ser contraída la deuda, y en el otro es preciso respetar el *ánimus donandi* que el legado supone, y cumplir literalmente la voluntad del testador.

Los autores someten á las mismas reglas que el *legado de deuda*, el *de dote* ó prelegado de dote (para distinguir éste del que se hace á una mujer en consideración al matrimonio que ha de contraer), ó sea aquel en que el testador lega á su mujer la cantidad que ésta aportó en dote; pues aun siendo cierta dicha aportación, percibe la mujer alguna utilidad, cual hemos dicho anteriormente en este mismo comentario, ya que en esa forma puede aquélla pedir desde luego la dote, y de otro modo tendría que esperar un determinado plazo; sin que le sea necesario, por otra parte, probar que llevó al matrimonio lo que ya confiesa en el testamento por su autor, sin que por esto se

exima de las reglas generales que sobre pago de legados establece el Código, ó sea á las que contiene el art. 887, que más adelante examinaremos. Lo que se le deje de satisfacer de menos será deuda dotal, que podrá exigir de los herederos de su marido, ó deducir de la herencia, por las reglas que las leyes en esa materia tienen establecido.

Los testadores suelen, por último, sin proponerse hacer legados, confesar en sus testamentos la existencia de deudas que tienen en contra suya, para dar una prueba de rectitud de conciencia. Esas confesiones tendrán el valor que les otorga el art. 1.232 del Código, es decir, harán prueba plena contra su autor porque las profiere sobre hechos personales suyos, y con capacidad legal para ello (art. 1.231).

ART. 874. En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvas las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador.

Concordancias.—Análogo al art. 690 del proyecto de 1851 é igual al 859 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO. —El artículo transcrito y los tres siguientes comprenden los que pudiéramos llamar *legado de cosa indeterminada*, porque lo es desde el momento en que no se especifica y concreta individualmente en el testamento la cosa que ha de llegar á poder del legatario. Se dan, sí, reglas generales ó se fijan por el testador límites más ó menos restringidos para que la manda tenga siempre cumplido efecto, pues la confianza que á aquél inspira el encargado del pago del legado ó el mismo legatario le resuelven, en un caso, y en cierto modo, á delegar parcialmente su facultad de dueño testador, y en otro á conceder mayor merced al favorecido por la manda, al otorgarle, no sólo un objeto ú objetos particulares de la herencia, sino hasta el derecho de elegir el que mejor ó los que mejor le satisfagan.

Por esto, debemos también considerar á los legados que regulan los artículos 874 al 877 inclusive, como verdaderos legados de *opción* ó de *elección*, porque en unos y en otros existe este derecho, ya concedido al obligado por la manda, ó ya al favorecido con la misma, según los casos y las previsiones testamentarias.

El legado, regulado por el art. 874, no se distingue real y fundamentalmente de los previstos en los tres siguientes artículos, ni aun suponiendo que el primero se refiera á mandas diversas por razón de la manera ó forma de legar, teniendo en cuenta las clasificaciones que la mayor parte de los tratadistas establecen, de mandas según la naturaleza de la cosa legada, y según el modo en que aparezcan dispuestas en el testamento. Puede ser el legado genérico más amplio que el alternativo, pero también puede consistir, en más de dos y de tres prestaciones. Si el testador dijere: «*lego á mi sobrino Juan el caballo blanco de mi cuadra, ó bien 3 000 pesetas, ó bien mi biblioteca*», legaría alternativamente; pero no cabe duda que también se pueden legar en la propia forma cosas muebles ó inmuebles genéricas, porque, para mejor ordenar sus previsiones el testador, en el arreglo final de sus asuntos, no les señalan límites las leyes. Así, es muy natural y legal admitir que dicho testador pueda lo mismo decir en su testamento: «*lego á mi amigo Pedro una casa, ó bien un tronco de caballos, ó bien una de mis mejores joyas.*»

La índole de la obligación alternativa, y, por tanto, de la especie de legado que examinamos, es la de haber de cumplirse forzosamente una de las prestaciones en que consiste. El artículo 1.131 del Código prescribe que el obligado alternativamente á diversas prestaciones, debe por completo cumplir una de éstas, sin que el acreedor pueda ser compelido á recibir parte de una y parte de otra; á no ser, añadiremos nosotros, que el testador lo hubiera previsto y dispuesto en su testamento, según anticipa la última parte del precepto que comentamos; como sucedería del propio modo si, al estipularse la obligación alternativa *inter-vivos*, se facultaran acreedor y deudor para recibir y dar prestaciones parcialmente.

De tal doctrina se desprende que si una de las cosas legadas perece por caso fortuito, debe satisfacerse la otra, no siendo

aquéllas más que dos, pues, como enseña la *Sentencia de 21 de Enero de 1868, la ley 24.ª, tit. XI de la Partida 5.ª*, que autoriza al que otorga una obligación alternativa para elegir cualquiera de sus términos, supone la posibilidad de que por ambos pueda ser cumplida, porque si uno de ellos no existe, según la ley antecedente del propio título y *Partida*, no cabe elección, y debe de llevarse á efecto dicha obligación con arreglo al único término realizable de los que fueron pactados.

Por esto también, el art. 1.134 de nuestro Código declara que el deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones á que alternativamente estuviese obligado sólo una fuera realizable.

Laurent señala un caso resuelto por la jurisprudencia de la *Corte de Pau (12 de Noviembre de 1872)*, en el que una testadora encargó á sus legatarios universales pagar una pensión de 300 francos en cada año á la sirviente de la primera, á menos que ésta no prefiriese 3.000 francos pagados de una sola vez; murió la legataria algunas horas después de la testadora sin haber tenido conocimiento del testamento; transmitió á sus herederos el derecho al legado; y como es regla jurídica que la obligación alternativa se convierte en pura y simple cuando una de las dos cosas perece, el derecho á la renta pereció por muerte de la legataria, pudiendo sólo los herederos reclamar el capital de los 3.000 francos.

Á tal efecto, la regla 1.ª del art. 1.136 de nuestro Código previene que si alguna de las cosas se hubiere perdido por caso fortuito, y al acreedor se concedió previamente el derecho de elección, cumplirá el deudor entregando la que el primero elija entre las restantes, ó la que haya quedado, si una sola subsistiera.

Si todas las cosas legadas perecieren asimismo por caso fortuito, la manda queda sin efecto, porque además de que, fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse ó que, previstos, fueran inevitables (art. 1.105 del Código), sabemos que el legado se hace ineficaz si la cosa objeto de él perece del todo viviendo el testador, ó después de su muerte sin culpa del heredero (núm. 3.º, art. 869).

Ocurriendo la pérdida por culpa del obligado al pago del legado, ya por incurrir en mora, negligencia ó dolo, la obligación del que ha de pagar la manda se traducirá en la de indemnizar todos los perjuicios sufridos, tomándose por base, como preceptúa la parte final del art. 1.135, el valor de la última cosa que hubiere desaparecido ó el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible; cuya regla se sustituirá por la 3.ª del art. 1.136, si el derecho de elección estuviera concedido previamente al acreedor ó legatario, quienes, en el caso supuesto, elegirán sobre el precio de las mismas cosas legadas.

Y si perecen unas cosas por caso fortuito y otras por culpa del deudor, ¿qué procederá hacer, no diciendo nada el testamento acerca de elección respecto á las que queden? Respetar este derecho al mismo deudor, quien por el silencio del instituyente se entiende que mereció su confianza; sin perjuicio de las responsabilidades de distinto género que por los interesados en la herencia puedan perseguirse y hacerse efectivas.

De suerte que el derecho de elección, igualmente en las mandas de género y especie, y en las alternativas por regla general, pertenece al obligado al pago del legado. La excepción antedicha hállase perfectamente justificada por las circunstancias. El art. 1.132 así lo significa, previniendo al propio tiempo la misma salvedad consignada en el artículo que estudiamos, es decir, á no ser que la obligación ó el testamento dispongan otra cosa, y sin que el deudor tenga facultad para elegir las prestaciones imposibles, ilícitas ó que no hubieran podido ser objeto de la transmisión de derechos *inter-vivos* ó *mortis-causa*.

Por diversas leyes de los *libros 30 y 31 del Digesto* sabemos que en el Derecho romano, tratándose de legados alternativos, la elección correspondía al legatario. Conceptuamos más conforme con los principios jurídicos la prescripción contraria, por cuanto es máxima por todas las legislaciones admitida, la de que en materia de interpretación de obligaciones, y á falta de las previsiones individuales, deben adoptarse aquellas reglas que menos perjudiquen al deudor, del propio modo que en las ligaciones de carácter gratuito (como puede suponerse, por gla general, la que comprende un legado), las dudas en la erpretación se resolverán en favor de la menor transmisión derechos é intereses, y en Derecho penal, en igualdad de

circunstancias, como en caso de duda, debe de tenderse en lo posible á favorecer al reo.

Manifestada en debida forma por el gravado con el pago del legado la elección entre las distintas prestaciones señaladas por el testador, producirá aquélla efecto, como expresa el art. 1.133, y quedará por tanto irrevocable, como dicen otros Códigos extranjeros. Es decir, el hecho de la elección, concierta definitivamente el vínculo jurídico genéricamente establecido de modo espontáneo y libre por el testador. Desde ese momento el legatario tiene una acción también más concreta y definida para reclamar ya el pago de la cosa legada y elegida. Hasta entonces, como advierten los antiguos tratadistas del Derecho civil, si quiere tratar de hacer efectiva su condición de tal, ha de ir concebida la demanda, que con tal objeto formule, lo mismo que lo ha sido el legado, en términos alternativos, so pena de incurrir en la *plus petición*.

Los deudores de la manda que no sean capaces de obligarse, entendemos que no pueden ejercitar el derecho de elección más que por medio de sus representantes legales.

Podrá, pues, siendo la manda alternativa, pura y simple, compelerse al obligado á su pago desde la muerte del testador, si bien, por analogía á lo dispuesto para el legado genérico ó de cantidad, los frutos é intereses de dicha manda no correrán á favor del legatario desde dicho momento, á no ser que el testador lo hubiere dispuesto expresamente, porque ya dijimos en este mismo comentario que el legado alternativo es un legado de cosa indeterminada.

ART. 875. El legado de cosa mueble genérica será válido, aunque no haya cosas de su género en la herencia.

El legado de cosa inmueble no determinada sólo será válido si la hubiere de su género en la herencia.

La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior.

Concordancias.—Análogo al art. 691 del proyecto de 1851 y semejante al 860 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Part. 6.ª, tit. IX, ley 23.ª*— Generalmente mandando el fazedor del testamento vn sieruo a otro, non lo señalando, si el fazedor de la manda non auia mas de vno, el heredero deuele dar aquel sieruo, o otro tan bueno como él, aquel a quien es mandado. Mas si el testador ouiesse muchos sieruos, estonce es en escogencia de aquel a quien fué fecha la manda, de tomar vno dellos qual quisiere. Fueras ende que non puede escoger el mejor, nin el que fuere despensero, o mayordomo del testador, porque es sabidor del fecho de la he rencia. Mas si el testador non ouiesse sieruo ninguno: estonce en escogencia es del heredero de le comprar vn siervo que sea comunalmente bueno, e dargelo: e lo que diximos del sieruo, deue ser guardado en las bestias, y en las otras cosas semejantes que fuessen assi mandadas. Pero si el fazedor del testamento mandasse a otro vnas casas e non las señalasse, deue el heredero darle vnas casas de las del testador qual quisiere: e si no ouiesse mas de vnas casas, aquellas mismas deue entregar, a aquel a quien fuessen assi mandadas. E si por auentura el fazedor del testamento non ouiesse casas ningunas, estonce el heredero non es tenudo de comprar otras: ante dezimos que non vale tal manda ca semeja que lo fizo por escarnio mas que por otra cosa: e lo que diximos de las casas ha lugar en todos los otros edificios que fuessen assi generalmente mandados a otri.

ART. 876. Siempre que el testador deje expresamente la elección al heredero ó al legatario, el primero podrá dar, ó el segundo elegir, lo que mejor les pareciere.

Concordancias.—Igual al art. 692 del proyecto de 1851 y al 861 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 6.ª, tit. IX, ley 25.ª*—] ogencia otorgan los testadores a las vegadas a algund ome, ( ) escoja de dos cosas quel manda, la vna qual quisiere. E

quando la manda es fecha en esta manera dezimos, que si escogiere vna vez para si alguna cosa de aquellas que el testador le ouiere mandado, que non se puede despues arrepentir: maguer quiera dexar aquella que escogió e tomar otra...

(Véase la *ley de Partida* anotada al pie del artículo anterior.)

ART. 877. Si el heredero ó legatario no pudiere hacer la elección en el caso de haberle sido concedida, pasará su derecho á los herederos; pero, una vez hecha la elección, será irrevocable.

Concordancias.—Igual al art. 862 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 6.ª, tit. IX, ley 26.ª*—Si á dos omes fiziere el testador manda de vna de sus cosas poniendola a escogencia dellos, que puedan tomar la que mas quisiessen: como si dixesse que les mandaua vno de sus siervos o vno de sus cauallos o otra cosa semejante, qual ellos quisieren escoger: si acaesciere que auenga desauenencia entre ellos de manera quel vno non se pagasse de lo quel otro escogiesse, estonce puedeles mandar el judgador echar suertes, e aquel a quien cayere la suerte, deuela escoger e auer. Pero tenudo es de dar al otro la estimacion de la su parte que auia en aquella cosa, e esta estimacion deue ser fecha por aluedrio de dos omes buenos. E esso mismo seria, si tal cosa como sobredicha es, fuesse mandada a vno poniendola en su escogencia. Ca si acaesciere que este atal muera ante que escoga, finca a sus herederos la escogencia della. E si se desacordaren los herederos en escogerla, deuen echar suertes e fazer assi como sobredicho es.

(Véase en cuanto á la irrevocabilidad de la elección, la *ley de Partida* anotada al pie del artículo anterior.)

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 875, 876 Y 877.—No se diferencian sustancialmente las clases de legados reguladas en los artículos transcritos; por cuyo motivo, y para su mejor examen, los estudiaremos en un solo comentario.

Repetimos lo dicho en el anterior. La opción de que se trata en dichos tres preceptos no significa más que una forma de legar, como la alternativa, como la condicional, á plazo, etc.

Puede sin inconveniente alguno darse un legado de cosa mueble genérica en que el testador nada diga respecto á elección, y también otro legado en que aquél manifieste que concede expresamente el derecho de opción al heredero ó al legatario; de la propia suerte que es concebible una manda de cosa inmueble no determinada en que se establezca de modo expreso asimismo el citado derecho. Por esto no mostramos nuestro asentimiento á la distinción que formulan reputados tratadistas del Derecho civil entre el legado de género y el de opción.

Del contexto virtual del art. 875, así como de otros ya examinados y de la doctrina que impera en materia de interpretación de testamentos, deducimos que los límites en que el testador ha de encerrarse para que sean eficaces y realizables las disposiciones á título singular que en su testamento dicte, serán los de que designe cosa que ya por género ó ya por especie, pueda ser conocida, sin que sea necesario determinarla completamente. Como dice el distinguido romanista Pastor y Alvira *(Manual de Derecho romano)*, el legado de género remoto, esto es, la locución que comprende individuos de diferentes clases, es ineficaz, porque no puede saberse á cuál de ellas se refiere el testador; por ejemplo: «*lego una cosa*»; en cuanto al de género próximo, ó el que comprende solamente individuos de una misma clase, como, por ejemplo, «*lego un caballo, un caballo, un campo*», ya se muestra algo más concreta y clara la voluntad del testador. Veremos en qué sentido han sido permitidos por el art. 875.

No alcanzamos á indagar la razón de la diferencia que establece el legislador en los dos primeros párrafos de dicho artículo, según que el legado genérico consista en cosas muebles ó inmuebles. El proyecto de Código de 1851 se refería en general á manda de cosas indeterminadas, pero comprendidas en algún género ó especie determinado por la naturaleza ó por designación del hombre; la cual sería válida aunque no hubiera de esas cosas en la herencia; sin distinguir para nada entre muebles ó inmuebles.

Empezó á señalar el proyecto de 1882 la antedicha distin-

ción, que la mayor parte de los Códigos extranjeros no establecen.

Si acaso, puede encontrarse el motivo de esa diferencia, en la interpretación, que juzgamos más acertada, de la *ley 23 de Partida,* anotada en los *Precedentes legales*, contra la opinión de algunos tratadistas. Aquélla, con brutal expresión, propia de la cultura relativa de la época, declara que lo dicho de los siervos, debe de aplicarse á las bestias y á las otras *cosas semejantes* que fuesen así mandadas; ó sea, que si las lega el testador, aunque no las haya de esa especie en la herencia, deberá el heredero comprar ó adquirir otras. Termina la referida ley expresando que lo dicho de las cosas tendrá lugar tratándose de edificios que fuesen así generalmente mandados á otro. Por tanto, según la misma ley, si el testador no tuviese casas ni edificios, no estará obligado el heredero á proporcionarse otras fuera de la herencia, porque dice el Rey Sabio que en este último caso, semeja que el testador al legar lo hizo por escarnio más que por otra cosa; sin que comprendamos por qué no consignó D. Alfonso X igual suposición al referirse á los siervos, bestias y otras cosas semejantes.

No se desprende con toda claridad de la ley de *Partida* que la distinción que establece parta de la diferencia de las cosas en muebles ó semovientes é inmuebles; pero, al contraponer las bestias á los edificios, no sabemos qué otra idea pudo tenerse en cuenta.

¿Qué acepción debemos asignar á la frase «*cosa mueble*» empleada en el párrafo primero del art. 875? La oficial, digámoslo así, que señalan los artículos 335, 336, 346 y 347; considerando como cosas muebles las susceptibles de apropiación no comprendidas en la enumeración del art. 334, y, en general, todas las que pueden transportarse de un punto á otro sin menoscabo de la cosa inmueble á que estuviesen unidas; mereciendo jurídicamente asimismo la consideración de bienes muebles las rentas ó pensiones, sean vitalicias ó hereditarias, afectas á una persona ó familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios.

El legado que consistiese simplemente en «*una cosa mueble*»

entendemos que no sería válido, pues aun cuando ya tenemos explicado que las nociones ó ideas de género y especie tienen un alcance y significación relativos, nadie considerará que es género una cosa mueble. Por esto conceptuamos más apropiada para nuestro Código la disposición del art. 860 del proyecto de 1882, que sirvió de precedente virtual á la que nos hallamos comentando, ya que en la primera se aludía á cosa mueble indeterminada, pero comprendida en algún género ó especie *determinada por la naturaleza ó por designación del hombre.* Además, nuestro art. 875 se refiere á la manda de cosa mueble *genérica*, y no á la de «*cosa mueble*» simplemente.

Otra cosa muy distinta sería si el testador dijese que legaba un mueble. Ya sabemos que esta palabra, como sustantivo que es en el último caso, comprende idea diversa de la «*mueble*», adjetivo, y unida á la de «*cosa*» ó «*bien*».

En el primer caso, ya se da un género, porque comprende varios individuos ó tipos que convienen en reunir caracteres sustancialmente iguales, como son los muebles que prestan utilidad á una casa. Para tal supuesto han fijado los citados artículos 346 y 347 los límites en que, á pesar de ello, deberá comprenderse la locución de «*muebles*» empleada por el testador; no considerándose en ella incluídos el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas ó artísticas, libros, medallas, ropas de vestir, caballerías ó carruajes y sus arreos, granos, caldos, mercancías, ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar ó alhajar las habitaciones (no obstante ser todos ellos bienes muebles), salvo el caso en que del testamento en que se consigne el legado resulte lo contrario.

De la propia suerte, y por lo que declara el art. 347, si el testador transmitiera á su legatario uno de sus bienes muebles ó uno de sus muebles con todo lo que en ello se halle, no se considerarán transmitidos el metálico, valores, créditos y acciones cuyos documentos se encuentren en la cosa legada, á no ser que conste claramente la voluntad de dicho testador de extender la transmisión á tales valores y derechos.

El jurisconsulto Laurent cita á este propósito un caso resuelto por el Tribunal de casación de Bruselas, con referencia á la manda de una testadora formulada en estos términos: «*ruego*

á mi hermana escoja lo que mejor le agrade en mi mobiliario para memoria mía.» Por virtud de este derecho, *la legataria* eligió y reclamó un gran número de muebles ó reputados tales, como una máquina de coser, una cantidad considerable de piedras preciosas, y dos efectos de comercio, el uno de 3.500 francos y el otro de 5.300 libras turonas (moneda antigua fabricada en Tours, y que valía 20 sueldos.) La Oficina de Beneficencia contestó y se opuso á tal reclamación, la cual desestimó el Tribunal, pues aunque la legataria invocaba la significación que el Código francés concede á la palabra «*muebles*», la cláusula litigiosa demostraba que la testadora no había empleado tal palabra en el sentido legal, al otorgar á su hermana un recuerdo, es decir, un objeto en memoria de la persona querida; lo que implicaba que la legataria no tenía derecho más que á un solo objeto, y no á siete ú ocho, como había declarado el Tribunal inferior de una manera completamente arbitraria.

El jurisconsulto romano Ulpiano decía en la *ley 6.ª, tit. I, libro VI del Digesto*, que era más digno de risa que útil el legado que consistía en una casa, ó una heredad, por ejemplo, si el testador no dejó casas, ni heredades; por la consideración, que da cierto autor de Derecho Romano, de que en los objetos que tienen su determinación por la naturaleza, no puede haber las grandes diferencias que existen en las obras de los hombres: entre un caballo y otro caballo, entre trigo y trigo, no hay la diferencia de valor que media frecuentemente entre casas y entre finca y finca. Ya hemos dicho que no juzgamos convincente esta consideración, y que por algo los jurisconsultos romanos y las legislaciones posteriores no tuvieron en cuenta para nada la diferencia entre los bienes muebles y los inmuebles.

La significación jurídica de la frase «*cosa inmueble*» que se encuentra en el párrafo 2.º del art. 875, ha de obtenerse asimismo de la enumeración que comprende el art. 334 de nuestro Código. Respecto al núm. 1.º de éste, no hay duda alguna que apuntar.

En cuanto al segundo, el legado de árboles, plantas ó frutos, genéricamente designados, valdría si el testador tenía individuos de ese género unidos á la tierra ó formando parte de la finca ó predio en que unos y otras estuviesen enclavados. Si se hallasen separados y la intención del testador era legar árboles,

plantas ó frutos incorporados al predio, no teniendo aquél en su herencia más que tales vegetales en la forma antedicha, la manda sería ineficaz. Inútil es advertir en este supuesto, como en los demás que establezcamos al comentar el art. 875, que lo dicho habrá de aplicarse si de las cláusulas del testamento no se desprende otra cosa.

Las propias consideraciones, por no repetirlas innecesariamente, deben tenerse en cuenta con respecto á los números 3.° al 9.° inclusive del citado art. 334, ó sea, por lo que se refiere á todo lo que esté unido á un inmueble de una manera fija, á las estatuas, relieves, pinturas ú otros objetos de uso ú ornamentación colocados en los edificios ó heredades, á las máquinas, vasos, instrumentos ó utensilios destinados por el propietario de la finca á la industria ó explotación realizada en un edificio ó heredad y que directamente concurran á satisfacer las necesidades de la explotación misma, á los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces ó criaderos análogos, á los abonos existentes en las tierras en que hayan de utilizarse, á las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanezca unida al yacimiento, á las aguas vivas ó estancadas y á los diques y construcciones, aun los flotantes destinados á permanecer en un punto fijo de río, lago ó costa.

Las concesiones administrativas de obras públicas, las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando formen el objeto del legado, es verosímil que sean designadas específicamente por el testador, ó que por lo menos aluda en el testamento á los derechos y concesiones de tal naturaleza que aparezcan otorgados á su favor; pues, en otro caso, habría que averiguar si el testador dejó en el activo de su herencia concesión ó derecho pertenecientes al género de los que fueron objeto de la manda.

Como regla comúnmente aplicable á los legados de género de que tratan los dos primeros apartados del art. 875, debe tenerse presente la que señala el art. 870; y, por tanto, caso de que al legatario no esté atribuído ni haya ejercitado el derecho de elección, el obligado al pago de tales mandas responderá, en caso de evicción, tanto cuando la cosa por fin entregada al legatario hubiera perecido, como cuando en ella se percibieren defectos ó gravámenes antes ocultos.

Es conveniente advertir que el momento de la muerte del testador es el que habrá de tenerse en cuenta para saber si hay en la herencia ó no cosas del género de las legadas.

Para estudiar en relación ideal, y no de colocación en el Código, el derecho que prevén el último párrafo del art. 875 y el del que establece el precepto siguiente, procede que distingamos fundamentalmente si el testador nada dispuso respecto al derecho de elección en el legado de género, lo mismo que en el alternativo, según ya hemos visto, ó si claramente dejó previsto tal particular. En el primer caso, rige el mencionado último párrafo, y en el segundo, el citado art. 876. Para caso suplementario y subsidiario de éste, se dictó el art. 877.

En el primitivo Derecho romano, la facultad de elegir en los legados genéricos correspondía al legatario si se trataba de mandas *per vindicationem,* en las que, como ya tenemos dicho, el testador se dirigía á aquél con palabras imperativas, diciéndole que tomara alguna cosa de la herencia; por lo que, teniendo dicho legatario la acción para reivindicar la cosa legada, había de corresponderle designarla, según nos lo comprueba la *ley 6.ª, tít. I, libro VI del Digesto.* En los legados *per damnationem*, ya el testador se dirigía al heredero, el cual entonces, como deudor y obligado por una acción personal para con el legatario, tenía el derecho de elegir entre las cosas de la herencia la que había de adjudicarle.

Al igualar el Emperador Justiniano las diversas clases de mandas, § *22, tít. XX, libro II* de sus *Instituciones,* concedió al legatario, en los legados de un esclavo ó de otra cosa en general, el derecho de elección, á no ser que el testador hubiese dispuesto lo contrario.

La legislación de *Partida* siguió en todas sus partes el precedente romano.

El proyecto de Código de 1851 fué el primero que inició la doctrina que hoy también aparece sustentada en el precepto que comentamos. En el caso de silencio del testador, la facultad de elegir en los legados genéricos corresponde al heredero porque él es el deudor en la obligacion que se le impuso para con el legatario. En caso de duda, ya sostuvimos que la solución debe favorecer al que figure como obligado en el vínculo jurídico creado entre dos personas.

El legislador, en el art. 875, como en otros de la presente *Sección décima*, según ya hemos comprobado, incúrre indudablemente en la omisión de designar sólo al heredero, al atribuirle el derecho de elección de que tratamos. Si el art. 858 declara que el testador podrá gravar con mandas, no sólo á su heredero, sino también á los legatarios, indudable debe parecer que el espíritu de la disposición objeto del presente examen ha de ser el que conceda, como regla general, la facultad de elegir en las mandas genéricas al obligado al pago de las mismas, al gravado por el testador en tal sentido, sea heredero ó sea legatario.

¿En qué términos ha de ejercitarse tal derecho? La ley de *Partida* anotada en los *Precedentes legales,* prevé el caso de que el testador haya dejado en su herencia sólo un objeto ó cosa perteneciente al género de la legada, y resuelve que el heredero cumplirá con entregarla, sin que el legatario, por tanto, pueda elegir. Tal solución no puede, en nuestro concepto, aplicarse al art. 875. Tratándose de bienes muebles, hemos visto que es indiferente el que haya ó no en la herencia cosas comprendidas en el género de las que fueron objeto de la manda. En su virtud, aunque quede solo una, no por ello debe privarse al gravado en el testamento del derecho de elegir, aun fuera del haber hereditario, la cosa que mejor le pareciese, siempre que, como expresa el final del último apartado del art. 875, no sea de la calidad inferior ni de la superior.

Si se trata de cosas inmuebles, aun quedando en la herencia una sola perteneciente al género legado, tal circunstancia será un requisito para la validez de la manda; pero tampoco debe coartar la facultad en el obligado á la satisfacción de aquélla para elegir el inmueble que estime mejor, fuera de la herencia, con la sola restricción indicada; excepción hecha, tanto en este supuesto como en el anteriormente previsto, de que las palabras del testador ó su intención claramente conocida, dieran á entender que aquél deseaba que fuese una cosa suya y de las que, como propias, transmitía *mortis causa,* la que, se adjudicase al legatario. Por esto, el apartado primero del art. 1.116 el Código chileno ordena que si se legó una cosa, entre varias ue el *testador creyó tener*, y no dejó más que una, se deberá a que haya dejado.

Los proyectos de 1851 y de 1882 declaran también que el he-

redero, al elegir, cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior; pero añaden que habrán de tenerse asimismo en cuenta el capital hereditario y las circunstancias personales del legatario. El Código mejicano (art. 3.545) autoriza al heredero para que entregue una cosa de mediana calidad, pudiendo sólo, cuando las cosas no existan en la herencia, comprar una de esa misma calidad ó donar al legatario el precio correspondiente, previo convenio ó á juicio de peritos. El Código argentino (art. 3.756) hace igual aclaración que los antedichos proyectos españoles. El Código austriaco (artículo 656) ordena al heredero que escoja una cosa que pueda servir de algún uso al legatario, añadiendo en el art. 658 que no deberá tampoco prescindirse de la condición y de las necesidades de aquél.

¿Qué motivos, pues, habrá tenido á la vista el legislador español para prescindir de tan caracterizados precedentes, y, sobre todo, de los que tan de cerca, en el orden de los tiempos, tenía en su misma patria? Es difícil para nosotros indagar tan ocultas intenciones.

Así, pues, hoy, el que ha de pagar un legado genérico, ¿deberá apreciar las referidas circunstancias en favor del legatario, ó tendrá facultad para ejercer el derecho de elección sin cortapisa alguna? Excluímos el caso en que el testamento contenga algún dato que señale, por ejemplo, el propósito del donante al instituir la manda, ó dé reglas para el ejercicio del derecho de elección.

Las mismas frases de «*calidad inferior*» y «*superior*» de que se vale el último párrafo del art. 875, las vemos en sus correspondientes y precedentes 691 y 860 de los *Proyectos de 1851 y de 1882;* á pesar de lo que, los autores de éstos añadieron las aclaraciones ya indicadas, que fueron suprimidas por el legislador de 1889.

Aunque nos hallemos más de acuerdo con el sentido y alcance de los mencionados preceptos, hemos de reconocer, por la fuerza de la realidad y la significación de los precedentes que el Código civil, en su art. 875, quiso otorgar al obligado al pago de un legado genérico un derecho de elección más amplio que el que antes se le pretendió dar por los *Proyectos de 1851 y de 1882;* y que, por tanto, las únicas limitaciones que se han

impuesto al pagador de la manda son las de que no escoja cosas de calidad inferior, ni, si así le pluguiere, de la calidad superior, absolutamente entendidas estas ideas, y por razón de la estimación ó del precio que esas cosas tengan, pero sin relacionar para nada tal cálculo con las conveniencias, ni con las necesidades del legatario, ni aun con la utilidad que á éste pudieran prestarle.

El art. 875 no prevé que deberá hacer el heredero ó legatario gravado, cuando en la herencia no haya cosas en que elegir y se tratase de un legado de cosa inmueble genérica. ¿Cumplirá el gravado con la manda entregando el precio del objeto que en su caso habría de escoger como de mediana calidad? Entendemos que sí, pues no sería posible de otro modo ejecutar la voluntad del testador sobre tal extremo.

* * *

La concesión expresa por parte del testador al encargado del pago de la manda ó al legatario de la facultad de elegir, da á entender, por parte del primero, la confianza que le inspiran los segundos, y el propósito de favorecerles en los mejores términos. Laurent dice, sobre este particular, que el derecho de opción concedido al heredero ó al legatario constituye una excepción á la regla general, é implica, por tanto, un derecho ilimitado de escoger.

El Código mejicano (art. 3.546) resuelve en mejor y más justo sentido, según nuestra opinión, la manera de ejercitar esa que en nuestro Código parece constituir una facultad ilimitada de escoger. En efecto: declara que si el testador concedió expresamente la elección al legatario, éste podrá, si hubiere varias cosas del género determinado (se entiende en la herencia, pues alude á las muebles), escoger la mejor; pero si no las hay, sólo podrá exigir una de mediana calidad ó el precio que le corresponda.

El legado genérico de inmuebles, tanto en el referido Código extranjero como en el nuestro, según ya sabemos, sólo aparece autorizado cuando haya bienes raíces del propio género en la herencia; por tanto, ó ha de hacerse la elección entre estos mismos, ó haciéndose entre los de fuera de la herencia, han de

someterse el legatario y el obligado al pago de la manda, aun dentro del que parece ilimitado derecho de opción, al valor máximo y mínimo de los inmuebles pertenecientes al haber hereditario, para elegir, dentro de aquéllos, el objeto de fuera de la herencia que mejor les pareciere.

Con tal restricción, creemos que la frase *«lo que mejor les pareciere»* ha de interpretarse en términos análogos á la del artículo 875, *«cosa que no sea de calidad inferior ni de la superior»*.

Pero con relación á los bienes muebles, la extremada concisión de nuestro art. 876, según ya también dijimos del 875, origina dudas, sobre todo por el alcance indeterminado de la frase *«lo que mejor les pareciere»*, y más después de haberse prescindido del precedente consignado en el art. 692 del *Proyecto de 1851*, el cual, en el caso sobre que vamos discurriendo, autorizaba al heredero ó legatario para dar lo peor ó escoger lo mejor. Es cierto que, contra el abuso, si es que así lo estima el gravado con la manda, por parte de quien haya de percibir ésta, queda el recurso en el primero de no aceptar la herencia ó legado que en consideración á tal gravamen se le hubiere concedido; y abusando la persona gravada, á juicio del legatario, al dar á éste cosa de ínfima calidad, queda al último el derecho de no aceptar la manda. Pero la tendencia de las leyes en derecho sucesorio debe ser la de hacer factible en todos los casos la voluntad del testador, no dando lugar á conflictos ni originando entorpecimiento alguno, de los que puedan preverse, en la ejecución de las diversas cláusulas testamentarias.

***

En los tres preceptos que comentamos no se encuentra, ni aun virtualmente resuelto, el caso de si el testador podrá encomendar á un tercero, por ejemplo, á un albacea, la elección de la cosa legada.

Realmente, el Código no prohíbe tal extremo, y esto, unido á la omnímoda libertad y plena disponibilidad que debe gozar todo testador al transmitir su hacienda para después de la muerte, en lo que afecta al fondo del testamento, no se oponen á la conclusión antes expuesta.

Además, el principio de lo personalísimo del testamento hay que aplicarlo dentro de sus propios límites, con sujeción al precepto legal, que lo establece (art. 670). Éste prohíbe dejar á un tercero la formación del testamento, ó la subsistencia del nombramiento de heredero ó legatario, ó la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituídos nominalmente, porque son actos relativos de manera directa á la ordenación de la última voluntad, atributo exclusivo del otorgante. Prohíbe esto sólo; y como precepto limitativo de las facultades personales, hay que interpretarlo ceñidamente á su cuerpo literal.

Por otra parte, según el art. 671, el testador puede cometer á un tercero la distribución de las cantidades que deje para clases determinadas y la elección de las personas ó establecimientos á los que aquéllas deban aplicarse, y el 1.057 le autoriza para encomendar á una persona el hacer la partición, facultades ambas de mayor importancia jurídica que la consistente en la mera designación de la cosa legada; ocurriendo deducir de aquí que si se le considera capacitado para delegar lo más, hay que estimarle con atribuciones para conferir lo menos.

Autorizan asimismo la intervención del tercero en la elección de cosas legadas, el Código italiano (artículos 871 y 872), el chileno (1.117, § 2.°), el austriaco (691) y el uruguayo (889, § 2.°). El art. 3.759 del Código argentino declara que el legado no puede dejarse al arbitrio de un tercero, pero puede el testador dejar al juicio del heredero el importe del legado y la oportunidad de entregarlo. Esto tampoco contradice, á pesar de estar de acuerdo con la *ley 29, tit. IX, Partida 6.ª*, la validez de la facultad de elegir concedida á un tercero, en legado ya dispuesto por el testador, y no por ese tercero. Pero ya habría lugar á duda si nuestro Código contuviera una declaración en análogos términos á la del referido Código extranjero.

También habremos de deducir de los mismos argumentos legales la solución al problema de cómo debe de ejercitar el derecho de elección dicho tercero. Éste parece que debe ocupar el propio lugar que el heredero ó gravado con el pago de la manda y el legatario, siempre que el testador, como es natural, no le haya dado atribuciones expresas sobre el particular. Según principios, pues, de analogía y según lo dispuesto

en nuestro art. 876, dicho tercero podrá entregar al favorecido con el legado lo que mejor pareciere al primero. La confianza que en éste demuestra tener el testador autoriza para sostener que la misma habrá de extenderse á la manera de realizar esa facultad de opción.

Al fin y al cabo, buscando solución á todas estas omisiones del Código, no hacemos otra cosa sino aplicar debidamente la segunda parte del art. 675 del mismo, según el cual, en caso de duda, al interpretar las disposiciones testamentarias, se observará lo que parezca más conforme á la intención del testador, según el tenor del mismo testamento. La manera, pues, de aparecer concedido al tercero el derecho de elegir indicará el ejercicio del mismo; y cuando de este tanteo ó examen del testamento nada se consiga, creemos que lo más racional y conforme con la lógica jurídica es seguir la doctrina que antes expusimos.

Si ese tercero renuncia á elegir ó se abstiene de ello por un plazo que puede de antemano fijarse, judicial ó extrajudicialmente, opinamos que habrá de acudirse á la regla general, la cual se consigna, tratándose de legados genéricos, en el último apartado del art. 875, que otorga la facultad de elección, si otra cosa no se expresa en el testamento, al heredero ó encargado del cumplimiento de la manda, los cuales entregarán entonces una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior.

Si señalándose el derecho de opción á los herederos, á los albaceas, á otros legatarios ó á otros terceros, sin determinar quién ó quiénes de ellos lo habrán de ejercer, no se avienen en el objeto que han de elegir, ¿qué criterio aplicar? Se ofrece como uno de ellos, el de la suerte, para que ésta determine quién ha de optar por la cosa legada. Este modo de elegir—admitido por la *ley de Partidas*, anotada al pie del *art. 877*, tomado á su vez del final del § *33, tit. XX, lib. II, Instituta*,—se adopta en las particiones para la adjudicación de objetos que desean varias personas, ó que, por el contrario, no quiere nadie; pero si es tolerable desde el punto de vista real ó relativo á las cosas, no es muy jurídico desde el personal, ó sea de los derechos conferidos á las personas.

Parécenos que no existiendo acuerdo entre los facultados para la opción, viniendo ésta á constituir una comunidad ó cuasi comunidad de un derecho, por analogía más ó menos

próxima con las doctrinas del art. 398, podría acudirse á la Autoridad judicial en acto de jurisdicción voluntaria para que realice en defecto de todos el derecho de opción.

A este punto se llega también por el campo procesal, porque se trata, en realidad, de una cosa en que procede la intervención de la Autoridad judicial sin estar empeñada cuestión jurídica entre partes, salvo el caso de que alguno afirmase que á él le competía el derecho de opción, en el que, por originarse contienda, caía dentro de la jurisdicción contenciosa.

* * *

Las anteriores reflexiones son también oportunas tratándose del supuesto legal que prevé nuestro art. 877, en el que se alude á *herederos* de un legatario ó de un heredero que no hayan podido hacer la elección en el caso de haberles sido concedida. Esos herederos, siendo más de uno los que hayan de sustituirse en la misma consideración jurídica que tenían aquellas otras personas, heredarán en igual modo la facultad de elegir que correspondía á sus causantes, y *en los propios términos* en que éstos hubiesen podido ejercitar en su día la elección, con la diferencia de que lo que haría una sola persona á tenor del artículo 876, habrán de hacerlo dos ó más, sin que sea fácil, por lo mismo, dividir material, ni siquiera idealmente, el ejercicio de esa facultad de elección, ni, por otra parte, dé base ni fundamento para la solución de la dificultad la índole de los derechos que competen á los acreedores en las obligaciones mancomunadas y solidarias, según los artículos 1.137 á 1.148 del Código.

Los Códigos austriaco (art. 659) é italiano (872) prevén también el caso en que el tercero no quisiera hacer la elección, ó se muera antes de hacerla; pero otorgan aquélla, cuando tales contingencias ocurran, á la Autoridad judicial, la cual tendrá entonces presente la condición y las necesidades del legatario.

Muy en su lugar está la declaración que forma el objeto del art. 877, porque si expresamente no manifestara el legislador que cuando el legatario no pudiese hacer la elección pasará tal derecho á los herederos de los mismos, muy verosímiles y racionales serían las dudas que necesariamente habría de originar tal silencio. Como dice un anotador del Código aus-

triaco, el derecho de elección es personalísimo, y, por tanto, no debe pasar á los herederos de aquellos á quienes fué concedido; de aquí que, según ya advertimos antes, dicha legislación extranjera atribuya subsidiariamente tal facultad de elegir á la Autoridad judicial.

El legislador español, absteniéndose, creemos nosotros, de juzgar en tal forma el derecho regulado en el art. 876, creyó más razonable seguir la tradición jurídica sobre el particular, la cual tiene su origen en el Derecho romano.

En efecto, el § *23*, ya citado, *tít. XX, lib. II de las Instituciones,* expresa que, según el derecho antiguo, el legado de opción llevaba implícita una condición, por la cual, si el legatario no había elegido por sí, no transmitía el legado á su heredero; mas una *Constitución* de Justiniano, contenida en la *ley 3.ª, título XLIII, libro VI del Codex*, reformó esto, pues por ella se concedió licencia para la opción al heredero del legatario si éste no la hubiese hecho en vida. De suerte que, en tal forma, Justiniano consideró puro el legado de elección, que hasta entonces se reputara como condicional. La legislación de *Partida,* según ya puede suponerse, siguió el relacionado precedente en la forma que indica la ley parcialmente transcrita al pie del art. 877.

Tiene éste buen cuidado de referirse sólo al caso en que el derecho de elección haya sido concedido expresamente al heredero ó al legatario, pues únicamente entonces ofrecería duda, la solución legal, de no existir ésta, como existe, tan terminante y clara. El supuesto que comprende el apartado último del artículo 875, ó sea el relativo á otorgar, como regla general, la elección á la persona gravada con la manda, no necesitaba de la referencia del art. 877; pues es natural que ese acto de elegir corresponda, en todo caso, al que haya de satisfacer ó cumplir tal gravamen. Si el nombrado en el testamento no lo hace (porque nadie á ello está obligado); si, desentendiéndose de las cargas, renuncia asimismo á los beneficios consiguientes, pasará el gravamen, y por tanto, la facultad de opción, al que se encargue de responder de aquel; y si el designado con tal objeto por el testador fallece, quien le sustituya jurídicamente, será el que asegure la manda y elija; pero no principalmente por su condición de heredero del primer nombrado, sino por el hecho de aceptar el cumplimiento de todas las disposiciones consi-

guientes contenidas en el testamento del que primero instituyó la manda á la que se refiere la elección de que tratamos.

El acto de la elección ha de ser formal y solemne; como que de él han de nacer derechos y deberes exigibles á favor y en contra del legatario y de la persona obligada para con éste. Ha de ser, pues, llevado á cabo por quien pueda legalmente obligarse, y, en otro caso, por quien represente en derecho al legatario: exigirá pleno conocimiento de lo que va á elegir y voluntad libre é independiente, sin sujeción, por tanto, á estímulo extraño alguno; porque de lo contrario resultaría impura la fuente de donde se derivase la obligación de pagar el legado; y lo que es vicioso y contrario á las leyes, no puede originar efecto jurídico alguno.

Esto debe parecer tan axiomático que, aunque nada de ello expresa la última parte de nuestro art. 877, ni en tal sentido contenga la más leve alusión, procede se respete con el mismo cuidado y sin excepción que si estuviera escrito y mandado claramente. La extremada concisión que ya observamos en los preceptos anteriores, acusa en el legislador un vicio contrario al apreciado en otros artículos del mismo Código, donde dejamos demostrados el casuismo y el afán minucioso de detallar á que se ha llegado.

Por lo menos, los Códigos chileno (art. 1.117, § 3.º) y uruguayo (889, § 3.º) declaran que, hecha una vez la elección, quedará irrevocable, excepto el caso de engaño ó dolo; y el mejicano (3.595) asimismo expresa que la elección hecha *legalmente* es irrevocable.

Inútil parece advertir que, aun decretándose por el legislador esa irrevocabilidad en el artículo que trata sólo del caso en que el testador concedió expresamente al heredero ó legatario el derecho de elegir, regirá de la propia suerte cuando éste pertenezca al gravado en general con el pago de la manda, por no haberse señalado en el testamento la persona que tuviera tal facultad de opción.

*
* *

Como apéndice al presente estudio sobre los legados de géne-, debemos hacer mención de algunas disposiciones de la *ley*

Hipotecaria, especiales con relación á otras de carácter general que dejamos transcritas en el comentario del art. 859.

Ya sabemos que está concedido á todo legatario el poder pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad, á no ser que le asista la facultad de promover el oportuno juicio de testamentaría. Pues bien: esa anotación, cuando la manda haya consistido en cosa determinada é inmueble, ya sabemos se llevará á cabo sobre esta misma. Mas tratándose de legado de género, estatuye el art. 47 de la citada ley que el legatario no podrá exigir su anotación sobre bienes inmuebles legados especialmente á otros; sin que el que la haya ya obtenido (art. 48) pueda impedir que otro de la misma clase obtenga, dentro del plazo legal, otra anotación á su favor sobre los mismos bienes ya anotados.

Añade el párrafo 2.° del art. 45 que el legatario que no lo fuese de especie podrá exigir la anotación del valor del legado sobre cualesquiera bienes raíces de la herencia bastantes para cubrirlo, dentro de los *ciento ochenta días* siguientes á la muerte del testador, y si dejase transcurrir dicho plazo sin hacer uso de su derecho, sólo podrá exigir después, según el art. 52, la anotación preventiva sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero; pero no surtirá efecto contra el que antes haya adquirido ó inscrito algún derecho sobre los bienes hereditarios.

Termina la anotación de que venimos tratando al año de su fecha; y si el legado no fuera exigible á los diez meses, se considera subsistente hasta dos meses después en que pueda exigirse, según así tiene dispuesto el art. 86 de la precitada ley.

ART. 878. Si la cosa legada era propia del legatario á la fecha del testamento, no vale el legado, aunque después haya sido enajenada.

Si el legatario la hubiese adquirido por título lucrativo después de aquella fecha, nada podrá pedir por ello; mas, si la adquisición se hubiese hecho por título oneroso, podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla.

Concordancias.—Igual al art. 693 del proyecto de 1851 y al 863 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. IX, ley 43.*—Rescibiendo, algund ome en manera de donacion, aquella cosa misma que algund testador le ouiesse mandado, quier gela diesse aquel que la auia mandado, o otro qualquier que la touiesse, non puede demandarla despues, por razon de aquel testamento en que le fue mandada... E aun dezimos que si aquel a quien es mandada alguna cosa en testamento o en codicilo, de otro la ganasse despues por compra, o por cambio, de alguno que la touiesse, estonce aum bien puede demandar al heredero del testador, la estimacion della, e el deuegela pagar.

COMENTARIO.—La materia que comprende el precepto transcrito no nos es del todo desconocida, pues ya aludimos á ella al examinar los artículos 861 y 862 del presente Código, que guardan con aquél indudable relación y dependencia.

Declárase por el 861 la nulidad de la manda de cosa ajena, y, por tanto, según este principio general, aparece explicada asimismo la ineficacia del legado de cosa perteneciente al legatario. Poco importa, á los efectos del art. 862, que el testador ignorase ó no tal circunstancia; aun explicándose la intención de aquél al instituir la manda, ésta resulta ineficaz en la realidad, porque en la fecha del testamento, su autor no podía transmitir al legatario más derechos que los que ya el mismo disfrutaba por su condición de propietario de la cosa legada.

De suerte que, según dimos ya á entender al comentar los artículos 861 y 862, la excepción que éstos comprenden no tiene lugar cuando se trata de cosas ajenas para el testador, pero propias del legatario.

Dice, con expresión terminante y convincente, el § *10, título XX, libro 2.°* de las *Instituciones Justiniáneas:* «Es inútil e egado que se hace á alguno de lo que ya le pertenece, porq lo que es propio no puede hacerse más propio, y asi, aunq el legatario enajene la cosa legada, ni se le deberá ésta, ni s estimación.» Añaden los §§ *inicial* y *4.°* de la *ley 86,*

libro 30 del Digesto, y lo vemos estampado también en el artículo 864 de nuestro Código, que la inutilidad referida del legado debe de entenderse en el caso de que el objeto pertenezca plena y absolutamente al legatario, pues si el testador ú otra persona tuviera un derecho real sobre dicho objeto, la manda quedará subsistente en lo relativo á tal derecho, ó sea en parte del objeto de que carezca el legatario; así, si á éste se legó una casa, siendo sólo señor del suelo, el legado subsistirá en lo que á la superficie se refiere.

La excepción que establece la última parte del primer párrafo de nuestro art. 878 parece significar que la nulidad de la manda que aquél dispone se funda en que el testador, en el momento de redactar su testamento, sabía la circunstancia de que era del legatario, y por eso pensamos que el legislador se inspiró para acordar tal nulidad en la máxima *quod initium vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

Hallándose fuera del dominio del legatario la cosa legada en el momento de fallecer el testador, en el acto de abrirse su sucesión, podría respetarse la validez de la manda siempre y cuando, como es natural, se acreditara que dicho testador no tenía conocimiento de la supradicha circunstancia y si de que la cosa era de un tercero. Averiguado esto y realizádose aquel otro supuesto, es decir, el ser la cosa propia de distinta persona que el legatario al fallecimiento del testador, el legado sería perfectamente factible, y sin inconvenientes podría cumplirse la voluntad testamentaria, máxime cuando el autor de ésta demostraba indudablemente querer favorecer con una merced al legatario, sin aparecer burlándose de él.

Pero ya vemos que la excepción y la redacción del párrafo 1.° de nuestro artículo están hechas en un sentido general, y no admiten distinciones de ningún género.

Es evidente que el art. 878 alude al legatario á quien va destinada por su donante la cosa que resulta ser de aquél; no al legatario á quien el testador grava con otra manda. A éste puede, como ya creemos haber dicho en otra parte, imponérsele la obligación de entregar una cosa suya, que, por l mismo, no es del segundo legatario favorecido con aquélla. Po esto, resuelve el art. 863 del Código que será válido el legad hecho á un tercero de una cosa propia del heredero ó de un le

gatario, quienes, al aceptar la herencia, deberán entregar la cosa legada ó su justa estimación, sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos: Y por esto, el párrafo 2.° del art. 860 del Código del Uruguay, conforme con el art. 1.803 del Código portugués, declara también que valdrá el legado de una especie propia del heredero ó legatario, si se hubiese hecho en *forma de carga ó de condición.*

Todas estas explicaciones y salvedades se comprenderían mejor, sin tener que acudir á conceptos ya indicados en comentarios anteriores, si el art. 878 se colocara en más oportuno lugar de la presente sección, ó sea á continuación de los 861 y 862 ó del 863, porque indudablemente comprende una modalidad ó excepción de la manda de cosa ajena.

CUESTIÓN: si el legado de que estamos tratando se hace bajo forma condicional, por ejemplo, bajo condición suspensiva ó á plazo, y al cumplirse éste ó aquélla, la cosa legada no está ya en el dominio del legatario, sino que fué por él enajenada, ¿subsistirá la nulidad de que nos ocupamos? Según el Derecho romano, no, por no tener entonces aplicación la llamada *régula Catoniana* (introducida por uno de los Catones y contenida en el § *inicial* de la *ley 1.ª, tít. VII, libro 34 del Digesto,* por virtud de la que toda manda que hubiese de ser nula, si al tiempo de la formación del testamento hubiera muerto el testador, no valía después, cualquiera que fuese el tiempo en que falleciera), pues tal regla no regía en las mandas condicionales, según nos enseña el § *1.°* de la referida ley del *Digesto.* Disponen los artículos 799 y 805 del Código que la condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento; siendo válida la designación de día ó de tiempo en que haya de comenzar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó del legado, en cuyos casos, hasta que llegue el término señalado, ó cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo; si bien en el imer caso no entrará en posesión de los bienes sino después prestar caución suficiente con intervención del instituido. ı vista de tales preceptos y del sentido general en que se halla dactado el apartado primero de nuestro art. 878, opinamos r la nulidad del legado de cosa propia del legatario á la

fecha del testamento, hágase bajo forma pura, condicional ó á plazo, á no ser que se deduzca otra cosa del contexto de aquél.

***

La segunda parte de dicho precepto supone que en un principio se instituyó una manda perfectamente válida por comprender un objeto del testador ó del que podía sin obstáculo alguno disponer, pero que, por haberlo adquirido después el legatario, llega á dudarse si deberán entonces retrotraerse los efectos del legado al tiempo en que éste fué hecho ó considerar ineficaz aquél ante la imposibilidad, nacida de tal circunstancia, de cumplir lo que el testador dispuso con oportunidad y con conocimiento cabal de la capacidad de la cosa para ser objeto de manda. Este último motivo fué, sin duda alguna, el que originó y el que justifica suficientemente la disposición de dicha segunda parte; es decir, la imposición que la realidad ofrece, al encontrarse ya cumplido lo que el testador se proponía hacer, hallándose ya el legatario en posesión y propiedad de la cosa que aquél le destinaba en su última voluntad. La equivalencia del precio en los dos supuestos que diferencia esa segunda parte podría remediar tal imposición; pero quizá no conformara en todos casos con la intención del testador, el cual, de saber que la cosa legada llegaría á ser de todos modos del legatario, se habría abstenido de concedérsela, como también la estimación equivalente.

Disponía también el § 6.°, *tít. XX, lib. II de la Instituta,* que cuando el legatario hubiere adquirido por título de compra en vida del testador el dominio de la cosa ajena que le fué legada, puede adquirir el precio por acción *extestamento;* mas si la adquisición es por causa lucrativa, como donación ú otra semejante, no tiene acción alguna, porque es una regla tradicional que dos causas lucrativas no pueden acumularse acerca de una misma cosa en un mismo individuo. Igual explicación se deduce de la ley de *Partida* anotada á continuación del precepto que comentamos.

Las dos formas de adquisición que distingue el segundo párrafo de aquél, entiéndase bien que han de tener lugar en el intervalo que media entre el otorgamiento del testamento y el

en que la manda pueda hacerse efectiva; no, en modo alguno, antes de dicho primer momento, como lo autoriza el apartado último del art. 3.754 del Código de la República Argentina. Con anterioridad á la fecha del testamento, poco importa que el legatario adquiera de uno ú otro modo la cosa si ésta en la expresada fecha le pertenece; el legado siempre se invalidará por ese mismo motivo.

El artículo que ofrece una fisonomía jurídica apacible, expresión aparente de una vida serena y tranquila, sufre, sin embargo, los embates de la duda, por la diversidad de casos sometidos á su jurisdicción. Esta diversidad se manifiesta en los siguientes: la cosa adquirida por el legatario (siempre, por supuesto, con posterioridad á la fecha del testamento), pudo ser propia del causante ó ajena, y siendo propia, cabe que la adquiriera directamente del testador, ó que, enajenada por éste, venga á poder del legatario por acto jurídico realizado con el dueño de ella.

El caso de un legado de *cosa ajena*, cuya cosa adquiere el legatario después de otorgado el testamento, no es quimérico, pues encuentra la demostración de su realidad en el antecedente romano de la *Instituta* acabado de citar. Si un testador lega una cosa ajena, constándole esta circunstancia (art. 816), y el favorecido con tal disposición, con posterioridad al testamento, hace suya dicha cosa, se comprende por sí propia la doctrina del § 2.° del *art. 878;* adquirido á título lucrativo el objeto legado por el principio de la no acumulación de pluralidad de causas lucrativas respecto á una misma cosa, nada podrá pedir el legatario; dueño éste de la cosa ajena por título oneroso, tiene derecho al precio.

El supuesto de que la cosa sea propia del testador es de más difícil solución. Bifúrcase, como hemos dicho, en dos casos: el de que el legatario haga la adquisición del testador, y el de que lo efectúe de un tercero.

En el primero, frente al texto del artículo que comentamos, se presenta el núm. 2.° del art. 869, afirmativo de la caducidad legado por enajenación de la cosa. ¿Hay contradicción re ambos preceptos? ¿Existe pugna entre ellos? En nuestro ender, no.

El citado art. 869, es cierto que, sin señalarle límite alguno,

establece el principio de la caducidad del legado por enajenar el testador la cosa objeto de él. Mas conviene traer á la memoria su fundamento, el por qué de la disposición expuesta en su comentario. El legislador declara la caducidad del legado de cosa propia, por implicar su enajenación un cambio radical en la voluntad del testador. Al enajenarla á un extraño, revela con pureza y diafanidad su propósito de que la cosa destinada al legatario ya no vaya á poder de éste, puesto que la saca de su dominio para transmitirla á un tercero. ¿Existe identidad de razón entre el caso expuesto y el de enajenarla al legatario? ¿Se da en ambos la misma presunción de voluntad? No negamos la presencia en nuestro ánimo de alguna vacilación é incertidumbre, pero, arrostrando las consecuencias adversas ó favorables de mantener el error ó la verdad, nos inclinamos á una respuesta negativa.

Cuando el testador, á sabiendas de la disposición contenida en su última voluntad, enajena al legatario la cosa legada, si si bien ésta sale del poder de aquél, va á parar al del legatario, acto que no puede interpretarse como mudanza de la voluntad, puesto que transmite la cosa á la persona á la que deseaba favorecer con ella. Por esta circunstancia, y por la de no revocar el legado, más bien parece que persiste en su intención de beneficiar al legatario, ya que no con la propia cosa, con el derecho que le concede el art. 878. Si al donar el testador al futuro legatario la cosa que le dejaba en el testamento, indica sólo una realización anticipada de la última voluntad, el venderla sin derogar la disposición del legado parece indicar también que no ha habido idea modificadora de la intención, sino que prosigue en la de favorecer al instituido, y ya que no es posible conseguirlo con la cosa misma, se impone el verificarlo en la manera determinada por el artículo, ó sea mediante la entrega del precio.

En el caso segundo y último, de adquirir el legatario la cosa de manos de un tercero, á quien se la transmitió el testador, opinamos por la no aplicación del precepto. Enajenada la cos por el testador, salió de su poder; muere *ipso facto* el legado, los muertos no resucitan. Si el instituido legatario la adquir después, este acto en nada influye en la vida del legado; la r lación jurídica entre comprador y vendedor es ajena por com

pleto á la existente entre testador y legatario; cada una tiene su esfera propia é independiente.

Una última observación. Dicho final del precepto que comentamos refiere solamente que la indemnización del heredero ha de ser la entrega de *lo que* el legatario haya dado por adquirir la cosa legada. ¿No constituiría medida más aproximada á la justicia la de obligar al gravado con el pago de la manda, al reintegro solamente del valor debido y pericialmente apreciado, en todo caso, del objeto que vino á poder y propiedad del legatario? Indudable nos parece la respuesta afirmativa. Aquél bien pudo satisfacer una estimación exagerada de dicho objeto, por interesarle su adquisición en gran manera y por diversos motivos, que es de suponer no tuviera en cuenta el testador al fijar los límites de su liberalidad para con el donatario, á quien hacía merced de una cosa cuyo valor en venta apreciaba y resultaba inferior al que aquél dió después por ella á su dueño.

El Código austriaco (art. 661) autoriza sólo para que se entregue al legatario el *valor ordinario* de la cosa; el chileno (§ 2.° del 1.106) prescribe en el mismo caso que se deberá el precio, pero en cuanto fuera equitativo; lo propio estatuye el párrafo 2.° del art. 3.754 del Código argentino, y da á entender la ley de *Partida* anotada al pie de nuestro art. 878. El jurisconsulto romano Ulpiano, en una de las leyes del *Digesto*, se inclina más por el precio que realmente se haya entregado que no por el que mereciera en justicia la cosa. Á esta última opinión entendemos que se ha acogido consciente ó inconscientemente el legislador español en el art. 878, al limitarse, con concisión significativa indudable, á disponer que el legatario podrá pedir que se le indemnice «*de lo que haya dado por adquirir la cosa legada*», frase ésta que ya usaron los *proyectos de 1851 y de 1882*, sin otro aditamento ni aclaración; por lo cual á esos mismos términos debemos atenernos, mucho más cuando es verosímil la duda de si el legislador quiso favorecer á propósito y preferentemente los intereses del legatario, á nuestro juicio, y según ya dijimos, en demasía.

El párrafo último del art. 878 vuelve á incurrir en el error de citar sólo al heredero como el obligado á atender la exigencia de indemnización que solicite el legatario del precio dado por la

cosa legada, cuando debiera referirse en general á toda persona señalada por el testador para responder de la satisfacción de la manda, á los efectos del art. 858 (apartado primero) del Código.

ART. 879. El legado de educación dura hasta que el legatario sea mayor de edad.

El de alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa.

Si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia.

Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero ú otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

Concordancias.—Semejante al art. 594 del proyecto de 1851 y al 864 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. IX, ley 24.* Gouiernos mandan dar los fazedores de los testamentos a otros que non dizen quanto, ni en que manera los deuen dar los herederos, en tal caso como este dezimos, que si el testador que mando gouiernos a otro, era vsado en su vida de dar cierta quantia de pan, o de dineros, por gouierno a aquel a quien fizo la manda: tenudo es el heredero de darle otro tanto. E si por auentura non daua cosa cierta: estonce deuele dar segun qual ome fuere aquel a quien fuesse fecha la manda del gouierno, e segun fueren los bienes que heredo del testador.

COMENTARIO.—Regula el artículo transcrito una de las mandas con más frecuencia establecidas en los testamentos, porque con ella se satisfacen necesidades comúnmente sentidas y debidamente apreciadas por los testadores. Y decimos una sola manda, porque, aunque parece que los dos primeros apartados

del art. 879 mencionan dos diversos legados, sin embargo, éstos técnicamente constituyen uno solo, según el párrafo 2.° del artículo 142, declaratorio de que los alimentos comprenden también la educación é instrucción del alimentista cuando es menor de edad. Mas creemos que en esta sección de mandas, el legislador los diferenció para poder marcar á cada uno distinta duración.

También aparecen diferenciados en el art. 887, al citarlos en cuarto y quinto lugar de preferencia para los efectos del pago, habiendo otros legados ordenados por el testador; en él se concede prelación al de alimentos sobre el de educación, porque el primero responde á necesidades más perentorias é inaplazables.

***

El legado de alimentos comprenderá, si hemos de entender jurídicamente este término por la regla del citado art. 142, todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Nuestro Código no tuvo necesidad de enumerar, como lo hacen otros extranjeros, lo que constituye ese legado, pues ya en otro lugar, tenía dispuesto qué debía entenderse por alimentos; evitando el que jurídicamente se les considerase sinónimos de lo que vulgar ó gramaticalmente significan. Como luego veremos en este mismo comentario, el artículo 879 debe examinarse en relación con la mayor parte de los preceptos que constituyen el *tít. VI, libro I* del Código, donde se trata de los alimentos entre parientes.

La importancia que tuvieron en la antigüedad los legados de alimentos la comprueba el Derecho romano, el cual, por consideraciones de humanidad, los sostuvo, aunque se dejasen á personas destituidas de testamentifacción; y declaró que no estaban sujetos á la detracción de la *cuarta Falcidia*, no pudiendo renunciarse á los futuros sin autoridad del magistrado.

Fácil es de encerrar en límites definidos toda la doctrina relativa al importante legado de alimentos. O el testador prevé todo lo referente al mismo, en cuyo caso á las cláusulas testamentarias habrá que atenerse, siempre que no contradigan principios fundamentales de Derecho, no renunciables ni excusables, ó el testador deja previstos sólo determinados ex-

tremos relacionados con la prestación de los alimentos y de educación, en cuyo supuesto habrá de acudirse á las prescripciones generales, que, supliendo las omisiones del testamento, determina el Código.

En cuanto á la cantidad de los alimentos, pueden asimismo distinguirse tres casos: ó bien el testador fija su cuantía, ó bien, sin decir nada respecto de ella, se puede deducir la que habrá de señalarse al legatario alimentista por la que en vida acostumbraba á darle dicho testador, ó bien ninguno de estos dos datos existen. Descartado el primer caso, quedan el segundo y tercero, que prevén respectivamente los dos párrafos últimos de nuestro art. 879.

Es corriente que el testador señale alimentos al que venía ya prestándoselos en vida, y diga ó no que quiere mantener en los propios términos igual obligación para después de la muerte. Racional es suponer que entonces debe regir lo ya establecido y aceptado de parte del deudor y del acreedor en la referida obligación con la justa salvedad que impone dicho párrafo cuarto, ó sea la de que no resulte notable desproporción entre la manda prestada en tal forma y la cuantía de la herencia.

Indudable es que si el heredero ó legatario gravados por el testador, al deliberar sobre la aceptación ó renuncia de la herencia ó legado y su consiguiente gravamen, encuentran esa notable desproporción, se abstendrán de intervenir en lo que creen no conviene á sus intereses, ó voluntariamente en otro caso se impondrán tal obligación con todas las consecuencias jurídicas correspondientes.

El propósito del legislador, al usar esa significativa frase «*notable desproporción con la cuantía de la herencia*», creemos que es el de procurar, cual lo ha hecho en otros casos análogos, que queden cumplidos los deseos del testador en extremo tan interesante de su última voluntad. De esa suerte, el que por testamento haya de prestar alimentos, teniendo en cuenta lo que en vida por ese concepto acostumbraba á dar el testador, cumplirá su encargo y no llevará á mayor grado su compromiso y consiguientes responsabilidades, si entrega esa misma cantidad de alimentos, y no guarda á su juicio desproporción con lo que por tal motivo transmite el testador á sus sobrevivientes.

La frase «*cuantía de la herencia*», juzgamos que alude en todos casos al importe del haber hereditario en general, no al de las particiones aisladas concedidas á los que hayan de prestar los alimentos. El último párrafo del art. 879, pues, parece escrito, tanto para el caso en que no haya más que un partícipe ó varios partícipes hereditarios, pero igualmente gravados todos con el pago de los alimentos, como para el en que hayan sido uno ó varios los herederos ó legatarios encargados de tal manda, quedando otros relevados de su pago. Es decir, la exageración de la cuantía alimenticia podrá sólo compararse con el que resulte verdadero activo en el caudal relicto, y no con la participación hereditaria señalada al que ó á los que queden obligados á satisfacer los alimentos.

La presente disposición en materia de manda alimenticia, por tanto, guarda perfecta conformidad con la del art. 146, según el que la cuantía de los alimentos será proporcionada al *caudal* ó *medios de quien los da* y á las necesidades de quien los recibe.

El segundo supuesto que anteriormente distinguíamos es el de que el testador no hubiera señalado cantidad alguna para los legados en cuestión. Entonces, del propio modo tendrá oportuna aplicación el precepto ya citado del art. 146, ó sea, como también dispone el apartado 3.º del 879, dicha cantidad se fijará según el estado y condición del legatario (necesidades de quien recibe los alimentos), é importe de la herencia (caudal ó medios de quien da aquéllos). Algunos Códigos extranjeros, como el chileno (art. 1.134) y el uruguayo (895), añaden una tercera circunstancia á aquellas dos, ó sea la relativa á las relaciones del legatario con el testador; la cual nosotros ni aun virtualmente podemos incluir en la prescripción que examinamos de nuestro Código, porque la misma circunscribe y limita determinadamente la cantidad alimenticia según el estado y condición referidas del legatario (en cuyos dos términos, gramaticalmente entendidos, no cabe comprender sin violencia el de dichas relaciones) y la importancia mayor ó menor del patrimonio hereditario.

Los propios Códigos extranjeros citados, en vez de referirse, como el nuestro, á la cuantía de la herencia en general, señalan como límite «*las fuerzas del patrimonio en la parte de que el*

testador ha podido disponer libremente», cuya limitación encontramos más defendible y justificada que la correspondiente de nuestro Código; y todavía hallaríamos más aceptable la que en anteriores párrafos recordamos, ó sea la que comprendiera la cuantía de la participación hereditaria que en el testamento estuviera adjudicada al gravado con el pago de la manda alimenticia, porque á éste es á quien realmente interesa que el gravamen no supere ni siquiera equivalga al beneficio que por ese motivo trató de proporcionarle el testador. Pero ya anticipamos que la interpretación más acertada de los párrafos 3.° y 4.° de nuestro artículo es otra muy distinta, y que con ella el legislador persiguió quizá otro propósito y se inspiró en diferente criterio; propósito y criterio que no censuramos ni creemos inadmisible, á pesar de lo que llevamos dicho.

El testador también puede legar para alimentos una pensión periódica ó cierta cantidad anual, mensual ó semanal, en cuyo caso, y salvas las prescripciones generales sobre la materia de alimentos, regirá además la disposición especial del siguiente art. 880.

* * *

El legado de educación comprende ésta, en el sentido estricto de tal vocablo, y la instrucción del alimentista hasta que deje de ser menor de edad. A esta clase de legado hacemos igualmente aplicables todas y cada una de las consideraciones que acabamos de exponer, excepto en lo relativo á la significación del término «*alimentos*».

Ahora bien, y, no obstante esa diferenciación que establecen los dos primeros apartados del art. 879, nuestro parecer es que, si el testador dice *que lega alimentos* á Fulano de Tal, ese legado comprenderá asimismo la educación é instrucción del alimentista, no apareciendo del testamento datos en contrario. Por encima de toda otra consideración está la definición ó explicación técnica de la palabra *alimentos*, y esa la encontramos en el ya mencionado art. 142, que es además, por los motivos que luego diremos, de aplicación oportuna á la materia de legados.

Lo que ocurrirá es que, para poder respetar la prescripción del art. 879, la persona gravada con el pago de los alimentos

aliviará en parte su carga dejando de suministrar al alimentista educación é instrucción una vez trasponga aquél el límite que separa la menor de la mayor edad.

Afortunadamente, y gracias á la disposición previsora que forma el objeto del art. 153, quedan resueltas en el mismo, con las limitaciones que luego referiremos, muchas dudas que en otro caso se originarían y que ventilan los tratadistas, resolviéndolas de muy distintas maneras. Ese artículo preceptúa que las disposiciones que le anteceden son aplicables á los demás casos en que por este Código, *por testamento* ó por pacto se tenga derecho á alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado *por el testador* ó lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate.

Así, pues, y por virtud de tal advertencia previa, el legado de alimentos, en el sentido amplio de esta palabra, concluye, además de por los dos medios que citan los dos primeros apartados del art. 879, por la muerte del alimentista; lo cual es muy natural porque, aparte de que el heredero ó legatario gravados con la manda de alimentos no se obligan más que para con la persona favorecida expresamente en tal sentido por el testador, la obligación alimenticia es eminentemente personal, no siendo renunciable ni transmisible á un tercero, como expresa el artículo 151.

Cesa asimismo el referido legado cuando la fortuna de dichos heredero ó legatario gravados se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlo sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. Otro modo de extinción señalado en el art. 152 y constituido por el hecho de que el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión ó industria, ó haya adquirido un destino ó mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia, no puede tener aplicación á la manda de que tratamos, á no ser que del testamento se dedujere que otro fué el propósito del testador; excepción que creemos que debe de aparecer ya sobreentendida en todos los casos con las limitaciones ó salvedades que en otros lugares advertimos. El motivo de tal opinión nuestra es el de que la disposición especial del art. 879 declara que el legado de alimentos dura mientras viva el legatario si el testador no dispone otra cosa.

Concluye también la manda de alimentos si el legatario, sea ó no heredero forzoso, comete alguna de las faltas que dan lugar á la desheredación. Hacemos, por consiguiente, la cita de la *Sección novena, cap. II, tít. III, libro también III* del presente Código, en la que se encontrará todo lo relativo á la materia de desheredación; causa de extinción que aplicamos al legado referido porque es motivo que niega la testamentificación pasiva á todo partícipe testamentario.

Por último, si el alimentista es descendiente del testador y su necesidad proviene de mala conducta ó de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa, como dice el número 5.°, art. 152, ¿concluirá del propio modo el legado alimenticio? En la *pág. 241, tomo III*, de estos comentarios queda ya expresado que dicho legado proviene de un *acto gracioso* del testador, á cuyo cumplimiento éste se obliga por su sola voluntad, sin consideración á la conducta del favorecido; y refiriéndose el citado caso 5.° á necesidad del alimentista, supone que ésta subsista, teniendo por objeto el expresado legado precisamente que aquélla desaparezca hasta el punto de que el legatario acaso no se vea precisado á procurarse el sustento con su trabajo. Por todo lo que, la mencionada causa de extinción no debe regir si el testador nada dejó previsto sobre el particular.

No exponemos otra multitud de consideraciones que se nos ocurren al aplicar las diversas causas de extinción determinadas en el art. 152 citado al caso especial del legado de alimentos, por estar ya realizado este trabajo en el detenido y extenso estudio del art. 153 del Código, que ocupa las *págs. 233 á 253, tomo III*, de la presente obra; trabajo que, si aquí reprodujéramos, aparte de constituir redundancia inútil, pudiera creerse que tendía á alargar innecesariamente este comentario.

Á manera de índice, sin embargo, diremos que en dicho primer comentario se hallan tratadas y resueltas algunas cuestiones de las más interesantes para el objeto presente, después de dejar comprobado el extremo de que, á pesar de la previsión oportuna del art. 153 tantas veces citado y de la generalidad de los términos en que está concebido, la realidad y la distinta naturaleza de la obligación de alimentos nacida de vínculos naturales ó legítimos de parentesco ó de simple libe-

ralidad del testador, imponen otras reglas á la manda alimenticia, diversas, en alguna parte, á las contenidas en los artículos 142 á 153 del Código.

En cuanto á las maneras cómo se extingue la obligación de dar alimentos, según el art. 152, queda determinado por los motivos aducidos, que el legado de que tratamos concluye por la muerte del alimentista.

Se expresa que si se deja el pago de los alimentos consignados sobre determinados bienes, ó se señala para dicho objeto papel del Estado ó acciones de Banco, el cumplimiento de la obligación dependerá de la existencia de esos bienes y se extinguirá con la pérdida de los mismos, aunque ocurra la contingencia á que se refiere el núm. 2.° del art. 152.

Se fundamenta la opinión, á propósito del núm. 3.° de aquel precepto, de que, sólo en el caso de que el alimentista, al comenzar á disfrutar su derecho, careciese en absoluto de todo medio de subsistencia y adquiriese con posterioridad un destino ó una fortuna que le permitiera vivir sin necesidad del legado, y se comprobara que la intención del testador fué la de que sólo percibiese alimentos en tanto que le fueran indispensables, podrá sostenerse que el legado cesaría por la causa señalada en el referido núm. 3.°

Se sostiene el parecer, con referencia al núm. 4.° de dicho artículo, de que si el legatario de alimentos incurriera en alguna de las causas señaladas en el art. 756 (las de indignidad para suceder por testamento ó sin él, que á su vez lo son de desheredación), no adquiere el derecho á tales alimentos; y, caso de que se promoviera un litigio sobre cumplimiento ó entrega del legado, por el mismo legatario, á éste incumbiría probar que el testador conocía la causa ó causas de indignidad al otorgar su última disposición, pues si es el heredero el que inicia el pleito, después de haber entrado en la posesión de la manda el legatario, á aquél compete la prueba de la incapacidad, debiendo el último asimismo justificar que el testador, á pesar de todo, y con conocimiento de dicha circunstancia, hizo el legado. Afírmase después que el legatario pierde la manda si, aun después de comenzádola á disfrutar, incurre en una de las faltas de desheredación.

El *proyecto de 1851*, en su art. 695, disponía que legados

simplemente los alimentos sin designación de cantidad, si se hubiera anticipado alguna por cierto tiempo, y el legatario moria antes de espirar aquél, devolverían sus herederos la parte de lo recibido correspondiente al tiempo que falte. ¿Cómo no se ha traido á nuestro Código tal prescripción? Porque existe la contraria en el art. 148, párrafo 2.°, según el cual, se verificará el pago de los alimentos por meses anticipados, y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados á devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente. No hallamos razón que aconseje declarar inaplicable esta doctrina á las mandas alimenticias.

Tampoco vemos inconveniente en que, tratándose de aquéllas, rija el precepto del art. 149, según el cual, el obligado á prestar alimentos podrá, á su elección, satisfacerlos, ó pagando la pensión que se fije, ó recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho á ellos, siempre que, añadimos nosotros, inspirándonos en el sentido jurídico de la institución de que tratamos, se cumpla lo relativo, además, á la educación é instrucción del alimentista.

En el comentario del art. 153 ya dijimos que no pueden ser aplicados al legado de alimentos, el art. 143 en cuanto considera reciproca la obligación de prestarlos, el 146, á no ser en la excepción, que ya tuvimos en cuenta, del párrafo 4.° de nuestro artículo 879, el 148, respecto á que los alimentos serán exigibles desde que los necesite para subsistir la persona á quienes están concedidos; el 150, en cuanto dicha obligación cesa con la muerte del obligado; y el 151, que considera aquélla irrenunciable, siendo así que al legatario nadie podrá impedirle que renuncie á la merced que le concede el testador.

Lo que sí puede sostenerse es que el legatario, á no otorgárselo expresamente el testador, no tendrá derecho á pedir aumento proporcional de la manda, aun creciendo sus necesidades y la fortuna del gravado con el pago de aquélla, porque repugna á la índole del legado apartarlo de los límites en que fué instituído.

Por último, es bien comprensible la diferencia que respecto á la duración del legado de alimentos, en sentido estricto, y el de educación, marca el artículo que comentamos. La educación y la instrucción se exigen y prestan en el límite de la edad en

que el alimentista se prepara para entrar en el comercio social, adornado de los conocimientos que han de asegurar su porvenir y de las máximas educativas que le otorguen la consideración de ciudadano útil á los demás y de persona aceptable á la sociedad en que ha de vivir; mientras que el sustento para el cuerpo, la morada en que ha de residir el alimentista, el vestido que le ha de cubrir las desnudeces y privarle del rigor de los agentes atmosféricos, y la asistencia médica durante las enfermedades que en su organismo puedan presentarse, no admiten aplazamiento y reclaman el imperio de su satisfacción en todos los momentos de la vida del hombre. Todo lo cual se explica para el caso en que el testador nada dice en contrario, pues las leyes, que suplen omisiones del individuo, como sabemos, se inspiran en la realidad y en la verosimilitud, y éstas son las que justifican las consideraciones expuestas.

ART. 880. Legada una pensión periódica ó cierta cantidad anual, mensual ó semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolución aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado.

Concordancias.—Sustancialmente conforme con el art. 696 del proyecto de 1851 y con el 865 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El legislador español, al dar forma en el Código al que podemos llamar *legado periódico*, ha unificado las reglas que le caracterizaban en legislaciones anteriores.

En el Derecho Romano se distinguían aquéllas según que se tratara de una manda periódica *múltiple* ó de una manda *única*, es decir, según que el testador la constituyese, señalando

tantos legados distintos cuantos fueran los plazos en que habían de entregarse, ó según que determinara ó indicara, por el contrario, simplemente el número de prestaciones, pero no el de los plazos. En un caso, son aquéllas indeterminadas, pues variarán, por ejemplo, según sea el tiempo que viva el legatario; así ocurre cuando el testador dice: «*lego á mi primo Juan 200 reales mensuales*»; en el otro supuesto las prestaciones no han de entregarse más que dentro de un límite, en cuanto á la cantidad y en cuanto á la duración, fijado por el testador, como si dijera: «*dense á mi amigo Antonio, en plazos anuales, 3.000 pesetas.*»

Tratándose del *legado múltiple*, establecieron los romanos que el *dies cedit* tenía lugar tantas veces cuantos fueran los plazos fijados en el testamento; por tanto, el legado de la primera cantidad era puro por su naturaleza y condicional en lo relativo á los restantes plazos; y el legatario, además, había de tener testamentifacción pasiva al ceder el día de cada legado, esto es, al comenzar cada uno de los plazos. En la manda llamada única, el día cedía en el momento mismo de morir el testador, adquiriendo, por tanto, el legatario derecho á todas las prestaciones legadas; de modo que, muriendo antes de vencer algunas, sus herederos las percibirían á su correspondiente vencimiento.

El art. 880 deroga tal distinción, preceptuando, para todos los casos en que el testador legase una pensión ó cantidad que hubiera de pagarse por años, mensual ó semanalmente (y quien dice esto, dice bi-mensualmente, por trimestres, etc.), que el legatario, desde el momento en que la manda fuera exigible, según se hiciera bajo forma pura ó condicional, tendrá derecho á exigir la pensión ó cantidad del primer período, una vez muerto el testador, y las de los siguientes al comenzar cada anualidad, mensualidad, semana, etc.; sin que, por tanto, quepa reclamar lo ya entregado cuando el legatario hubiera fallecido antes de finalizar el período que comprendía la última entrega.

No era tampoco realmente esa la doctrina del antiguo Derecho patrio, pues si bien el Código por excelencia del Rey Sabio, nada dejó previsto en cuanto al problema concreto de las mandas periódicas, dió, en cierto modo, á conocer indirectamente su autor el criterio legal sobre tal extremo al hablar de

las promisiones en la *ley 15.ª, tít. XI, Part. 5.ª* (1), citada en los *Precedentes legales*. Según ella, cuando promete algún hombre á otro darle cada año tantos maravedís ó hacerle tal cosa, no señalando en qué fecha del año, la promisión se entenderá que debe ser cumplida al fin de cada uno de aquéllos; mas si la promesa se hiciera diciéndose que se daría ó haría aquello en que consiste todos los años de la vida del promitente, entonces se entiende que debe cumplirse lo prometido al comienzo de cada año. Esta, como vemos, es la misma doctrina del Derecho romano.

Los *proyectos españoles de 1851 y de 1882* fueron los que, en nuestra patria, comenzaron á regular el legado de que tratamos en forma menos casuística; expresando el segundo, acertadamente en su comienzo, que el legado de pensión, sean cuales fueren la cantidad, el objeto y los plazos, *corre desde la muerte del testador*.

El último concepto, así como su correspondiente del artículo que comentamos, «*el legatario podrá exigir la pensión ó cantidad del primer período así que muera el testador*», no son exactas más que cuando se trata de una manda periódica hecha puramente, porque en las obligaciones condicionales (por cuyas reglas se rigen los legados de igual naturaleza en todo lo no prevenido en la *sección 4.ª, cap. II, tít. III, libro 3.º* del Código, según el art. 791 del mismo), la resolución de los derechos adquiridos dependerá del acontecimiento que constituya la condición (art. 1.114). Y aunque el 799 estatuye que la condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos aun antes de que se verifique su cumplimiento, no por ello será menos cierto que, mediante esa misma condición, el legatario pensionista no podrá exigir el primer plazo de la manda mientras aquélla no tuviera cumplida realización.

---

(1) *Part. 5.ª, tít. XI, ley 15.ª*—... Otrosi dezimos que quando promete algund ome a otro de darle cada año, tantos marauedis, o de fazerle tal cosa, non señalando en que sazon del año, que tal promission se entiende que deue ser cumplida, en la fin de cada vn año. Mas si la promission fiziesse assi, diziendo que le daria, o que le faria aquello que lo promete, en todos los años de su vida: entonce se entiende que deue complir lo que promete en el comienço de cada vn año...

El Código austriaco (art. 687), aunque dispone que el primer plazo del legado comienza el día de la muerte del testador, añade que el legatario, sin embargo, no podrá reclamarlo sino después que el plazo haya vencido. Otro tanto declara el párrafo único del art. 1.841 del Código portugués, aunque exceptionando de ello á los legados periódicos sobre alimentos, con cuya doctrina coincide en un todo asimismo el apartado 2.°, artículo 867 del Código italiano.

***

Ya debe de haberse comprendido que dedicamos el comentario al examen del art. 880, porque conserva éste cierta independencia de todos los que le preceden y subsiguen. Por medio del legado de pensión ó cantidad, pagadero en determinados plazos, se pueden satisfacer gastos para alimentos, en la significación estricta de esta palabra, para educación, para emprender una obra científica ó industrial, para sostener un asilo, para aliviar un enfermo; en fin, cuantas necesidades quiera cubrir un testador ordenando el pago de las prestaciones parcial y periódicamente.

Sin embargo de la exactitud de la expuesta consideración, el artículo, al disponer que no haya lugar á devolver lo anticipado en uno de los períodos, aunque el legatario fallezca antes de que termine aquél, conviene con la disposición contenida en el párrafo 2.° del art. 148, sobre alimentos, según la cual éstos se pagarán por meses anticipados, y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados á devolver lo que aquél hubiese recibido anticipadamente.

Al efecto expresado, debe tenerse en cuenta que si otra cosa no se desprende del testamento, los meses han de entenderse de treinta días, á no ser que se determinen por sus nombres, en cuyo caso se computarán por los días que respectivamente tengan; los días de veinticuatro horas. Así lo tiene declarado el artículo 7.° del Código.

***

La pensión ó cantidad á que se refiere el art. 880 pueden aparecer impuestas sobre bienes inmuebles; y en ese caso, el legatario tiene facultad, según el art. 46 de la *ley Hipotecaria*, para pedir anotación preventiva sobre los mismos referidos bienes; á cuyo efecto deberá presentar en el Registro de la Propiedad en que aquéllos radiquen el título en que funde su derecho: (que pudiera ser una copia fehaciente del testamento en que aparezca instituido como legatario, ó la hijuela formada después de practicada la correspondiente partición de la herencia), dentro de los *ciento ochenta días* siguientes á la muerte del testador; sin perjuicio del derecho que al heredero concede el art. 49 de la expresada ley. Ténganse presentes, en lo que afecta á anotación preventiva de mandas periódicas, los artículos 50, 51, 55, 56, 57, 58, 68, 69, 71, 72 y 75 de la ley citada.

Preceptúa el art. 88 de la misma que el legatario de rentas ó pensiones periódicas impuestas por el testador determinadamente á cargo de alguno de los herederos ó de otros legatarios, pero sin declarar personal esta obligación, tendrá derecho dentro del año, que dura toda anotación de legados, á exigir que ésta se convierta en inscripción hipotecaria; añadiendo el artículo 89 que el heredero ó legatario gravados con la pensión deberán constituir la hipoteca expresada sobre los mismos bienes anotados, si se les adjudicasen, ó sobre cualesquiera otros inmuebles de la herencia que se les otorguen, correspondiendo la elección á dichos heredero ó legatario y debiendo el pensionista admitir la hipoteca que los mismos le ofrezcan, siempre que sea bastante y aparezca impuesta sobre bienes procedentes de la herencia.

También, como garantía concedida al legatario pensionista, prescribe el art. 90 de la misma ley que, caso de no haber aquél constituído anotación preventiva, podrá exigir en cualquier tiempo la inscripción hipotecaria de su derecho sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero, ó se hayan adjudicado al legatario ó heredero especialmente gravados, siempre que pudiera hacerlo mediante anotación preventiva eficaz, conforme á lo dispuesto en el artículo anteriormente transcrito, no surtiendo entonces efecto dicha inscripción sino desde su fecha.

Con objeto de hacer más realizables las eficaces precauciones

expuestas, el art. 80 *del Reglamento de la ley Hipotecaria* estatuye que la hipoteca de que venimos tratando deberá constituirse en la misma partición correspondiente á aquel á quien se adjudique el inmueble gravado con la pensión, y á falta de ella en escritura pública otorgada por el pensionista y el legatario ó heredero gravado, ó por sentencia, si éstos no se avinieren en la manera de constituir dicha garantía. Caso de que se haya formado juicio de testamentaria, se sustanciará y decidirá tal cuestión como incidente del mismo; cuando no se haya planteado dicho juicio, se decidirá la reclamación en el ordinario.

Por último, prescribe el art. 91 de la ley tantas veces citada, que el pensionista que hubiese obtenido anotación preventiva, no podrá exigir que se le hipotequen otros bienes que los anotados, si éstos fuesen suficientes para asegurar el legado. De no serlo, podrán exigir el complemento de su hipoteca sobre otros bienes de la herencia, pero sujetándose, en cuanto á estos últimos, á la doctrina de que la inscripción que en virtud de lo dicho se tome no surtirá efecto sino desde su fecha.

***

La *Sentencia de 1.° de Junio de 1883* da á entender que para *capitalizar la renta* de un legado se ha de apreciar el importe de la contribución; pues casa y anula un fallo del inferior, sobre pago de una manda de 12.000 reales anuales, por no haber aquélla tomado en cuenta el importe de las contribuciones; por apreciar con error la declaración del perito tercero que tasó el valor de las fincas, é infringir la voluntad del testador, ley en la materia, toda vez que dispuso en el testamento que se dieran al legatario 200.000 reales en metálico ó fincas que produjeran 12.000 reales.

Esta doctrina es pertinente al legado de renta susceptible de capitalización; esto es, cuando se relaciona con la idea de un valor cristalizado en capital, como sucede en el caso de la referida sentencia; mas no cuando consista en una mera renta, pensión propiamente dicha, de cuantía fija y determinada (por ejemplo, seis reales diarios, treinta duros al mes), concepto (el de pensión fija) que rechaza la idea de gravamen contributivo, en cuanto, expresada la voluntad de un testador en orden á la

percepción de una suma determinada, sólo percibiendo íntegramente ésta, se cumple y respeta dicha voluntad; esto aparte de que la vigencia del impuesto territorial, como institución de carácter fiscal, ha de interpretarse restrictiva y taxativamente al adaptarlo á la vida de las instituciones civiles. Así, establecida sólo por el Código la obligación del pago de la contribución relativamente al usufructo (art. 505) al censo (art. 1.622) y anticresis (art. 1.882), á éstos únicos casos debe limitarse el cumplimiento de la prestación contributiva.

ART. 881. El legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador, y los transmite á sus herederos.

Concordancias.—Igual al art. 697 del proyecto de 1851 y al 866 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. IX, ley 34.ª* ...E aun dezimos, que luego que el testador es muerto, passa el Señorio de la cosa, que es assi mandada, a aquel a quien es fecha la manda. E maguer muera en ante que el heredero del testador entre la heredad, o en ante que el entre la possession de aquella cosa que le fue mandada, por todo esso, heredara aquella manda el su heredero que ouiere derecho de heredar los otros sus bienes, de aquel a quien fue fecha. E esto seria si la manda fuesse de tal manera, que fuesse fecha *puramente, o a tiempo cierto:* mas si fuesse fecha so condicion, non seria assi...

ART. 882. Cuando el legado es de cosa especifica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos ó rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

La cosa legada correrá desde el mismo instante á riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida ó deterioro, como también se aprovechará de su aumento ó mejora.

Concordancias.—Análogo al art. 698 del proyecto de 1851 y al 867 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. IX, ley 37.ª* ... Otrosi dezimos, que deue auer aquel a quien es fecha la manda, los frutos de aquella cosa que le fuesse mandada, si era de aquel que la mando: desde el dia que el heredero entre la heredad, por palabra o por fecho. Mas si la cosa mandada fuesse agena, deuela comprar el heredero, e darla a aquel a quien el testador la mando dar...

Partida 6.ª, tit. IX, ley 41.ª—...Si la cosa que ouiesse mandada el testador á otro señaladamente, se perdiesse despues, o si se muriesse sin culpa del heredero, desatase por ende la manda, e non seria tenudo el heredero de la cumplir. Pero si dubdassen si se perdiera aquella cosa por su culpa del heredero, o si fuera traspuesta o escondida con su sabiduria, estonce deue el dar tal recabdo, que si paresciesse aquella cosa, que la de a aquel a quien fue mandada. E dezimos que estonce se pierde la cosa por culpa del heredero, quando non la guardasse, o non la fiziesse guardar, assi como las otras sus cosas, o se perdio detardando á sabiendas de la dar, por non querer ó por negligencia del. E por ende la deue pechar el heredero a aquel a quien fue mandada: fueras ende, si el testador ouisse fecha manda a otro de algun sieruo, e despues le fallase, el heredero con su muger, o con su fija e lo matasse. Ca estonce non seria tenudo de cumplir la manda, nin de pechar ninguna cosa por el, aquel a quien fue mandado tal sieruo.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 881 Y 882. — Cesa el legislador, al parecer, de enumerar las diversas especies de legados que creyó conveniente establecer y examinar por separado en la *Sección décima* presente, y reanuda en los preceptos transcritos la enunciación de otros principios generales, comunes á

toda clase de mandas ó á una universalidad de ellas, cuya tarea inició en otros artículos de la referida sección, para interrumpirla con la expresión de algunas de esas especies.

***

Adquisición de los legados.—El art. 881 encierra una declaración por todo extremo comprensible y sencilla; á pesar de ello, hemos de detenernos algo en su examen, por la diversidad de aplicaciones que motiva.

Parece tal declaración excusada desde el momento en que, refiriéndose á legados puros y simples, expresa que la adquisición de los mismos se verifica á raíz de la muerte del testador, pudiendo transmitir, por tanto, ese derecho el legatario á sus herederos. Y decimos excusada, porque afirma el art. 657 que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte; y, formando una manda parte de esos derechos, la regla general debía, por lo mismo, y de igual modo, regir en lo relativo al día en que se verificase la adquisición de los legados, á no oponerse alguna condición establecida por el testador.

Por esto, nosotros más bien creemos que el citado art. 881 se dictó al tratarse de contraponer virtualmente la regla que comprende relativa á las mandas puras y simples, á la que ya conocemos sobre el mismo objeto, referente á mandas condicionales. Y aquí entran ya las anormalidades que el referido precepto hace visibles, al combinarlo con otros anteriores.

Esa contraposición á primera vista no resulta si comparamos la letra de los artículos 799 y 881, puesto que el primero también declara que la condición suspensiva no impide al legatario adquirir su derecho y transmitirlo á sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento. Ya en el comentario de ese artículo expusimos extensamente el contrasentido de disponer cosa contraria sobre una misma materia, los artículos 759 y 799, el primero de los cuales declara que el heredero ó legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos. Á dicho comentario nos remitimos para

no repetir aquí ideas que, realmente, tienen allí más oportuno desenvolvimiento.

Á los legados puros hay que equiparar los otorgados desde un término cierto. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, explicatoria del Derecho civil anterior, puede aquí, sin inconveniente alguno, aplicarse al del Código, ya que éste no ha introducido novedad alguna sobre el referido particular. Declara la *Sentencia* de dicho Tribunal de *8 de Marzo de 1879* que, según la *ley 5.ª, tít. LIII, lib. VI del Codex Iustinianus*, no es condicional el legado que se establece para cuando el legatario llegue á la mayor edad; y si éste fallece, muerto ya el testador, mientras cede el día, transmite á sus herederos el derecho y la acción para pedir su entrega, después que, si el legatario no hubiere fallecido, hubiese llegado á la edad fijada. La *Sentencia de 27 de Abril de 1888* recuerda la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en el sentido de que las «instituciones de heredero á día cierto, ó que indudablemente ha de venir, por más que se ignore cuándo, son legales, se equiparan á las puras y crean derechos transmisibles á los herederos de los instituídos, desde el fallecimiento de los testadores». La *Resolución de la Dirección general de los Registros de 31 de Mayo de 1891* confirma la negativa de inscripción de una escritura de adjudicación de bienes, porque la persona á quien se atribuía la propiedad de los mismos no pudo adquirirla según el testamento, ya que su derecho dependía de que no llegase á tener hijas (esto es un suceso incierto, que no se sabe si se verificará ó no) en quien preferentemente hubiera de recaer el legado.

El art. 3.766 del Código de la República Argentina estatuye que la disposición de que el legatario de cosas determinadas es propietario de ellas desde la muerte del testador y transmite á sus herederos el derecho al legado, se aplica á los concedidos á término cierto ó con una condicion resolutoria.

Á ésta creemos que no tuvo necesidad de aludir el art. 881, porque realmente las mandas en que concurra son por el pronto puras y simples, puesto que desde luego las adquiere el legatario, quien por la razón de que ya entonces entran en el activo de su haber, natural es que pueda transmitirlas á sus herederos, con la sola restricción que en sí lleva tal clase de condición, es decir, sometiéndose aquéllos á ceder ó devolver los bienes ob-

jeto de la manda, si se cumple el acontecimiento que ha de *resolver* el legado. Por esto dispone el párrafo 2.° del art. 1.113 del Código español que también será exigible toda obligación que contenga condicion resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución.

Igual equiparación entre los legados puros y los á día cierto hacen el art. 3.602 del Código mejicano y la *ley de Partida* anotada al pie de nuestro art. 881.

No puede decirse si el art. 881 que comentamos usa intencionadamente la frase «*el legatario adquiere derecho*», porque nuestro legislador no suele andarse con escrúpulos técnicos al dar forma á sus pensamientos en el Código. De todas suertes, ese término resulta exacto dentro de la filosofía jurídica, y mucho más comparándolo con el precepto del art. 885, que prohibe al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada, debiendo sólo pedir su entrega y posesión al heredero ó al albacea cuando éste se halle autorizado para darlas. El art. 1.014 del Código francés, á este propósito, declara que todo legado puro y simple dará al legatario, desde el día de la muerte del testador, *un derecho* á la cosa legada, transmisible á sus herederos ó causa-habientes. Por esto opina Rogron, al comentar dicho precepto, que si el heredero, por ejemplo, vende la cosa legada á título particular, el legatario tendrá derecho á reivindicarla como suya de manos del adquirente; el cual, añadimos nosotros, ante tal demanda de reivindicación, podría citar de evicción entonces á dicho heredero.

Ese derecho á que venimos refiriéndonos, y á que alude el artículo 881, indudablemente que es el derecho de propiedad, y así lo denominan unos y otros jurisconsultos. Es el derecho por virtud del cual, según ya sabemos por nuestra *ley Hipotecaria*, puede quien lo tiene utilizar á su favor la garantía, desde luego provisional y más tarde definitiva, que suponen la anotación preventiva y la inscripción en el Registro de la Propiedad, contra las demasías y los abusos en que pudiera incurrir la persona gravada con la manda.

Con profundo sentido jurídico advierte Laurent que constituye un error la distinción entre el derecho de propiedad, suponiendo que no se adquiere sino en virtud de la entrega del legado, y ese otro pretendido derecho real que se obtiene desde

que la sucesión se abre; dicha entrega no tiene por objeto más que la transmisión de la posesión: nada tiene de común con la adquisición de la propiedad; además, la ley no conoce más derechos reales que la propiedad y las desmembraciones de ésta.

Pero entiéndase que el art. 881 habla de *«derecho á los legados»* y el 882 de *«derecho de propiedad de cosas legadas»*. Este diverso tecnicismo tiene, en nuestro concepto, cierta significación. Es decir: por ejemplo, el hecho de la muerte del testador en los legados puros y de cosa de aquél, produce el derecho de propiedad de la manda y de la cosa objeto de la misma; pero si la cosa es ajena, dicha muerte sólo dará lugar al derecho de propiedad del legado.

Este último derecho es de tal entidad, y merece por las leyes tan sagrado respeto, que la *ley 34.ª, tít. X, Partida 6.ª*, lo declara inviolable en favor del legatario, aunque éste muera antes de que el heredero del testador entre en la herencia ó el primero en posesión de la cosa que le fué mandada.

Nuestro art. 881, al fin y al cabo, no hace más que repetir en diversos términos la *ley 5.ª*, § 1.°, *tít. II, libro 36* del *Digesto «Itaque si purum legatum est, ex die mortis (testatoris) dies eius cedit.»*

Por consiguiente, la distinción entre los famosos *dies cedit* y *dies venit* de los romanos, tratándose de los legados que el referido artículo cita, no puede aplicarse más que á los hechos á día cierto. Si *cede el día* cuando la manda se comienza á deber, y, radicando ya el derecho en el legatario, lo puede transmitir á sus sucesores, y *viene* el *día* cuando puede pedirse dicha manda *(ley 213.ª, tít. XVI, libro 50* del *Digesto, «Cedere» diem significat incipere deberi pecuniam, «venire» diem significat eum diem venisse quo pecunia peti possit)*, en los legados puros y simples, uno y otro efecto jurídico se realizan en un solo momento: el que expresa el art. 881.

En los legados que no comienzan á tener vida eficaz y positiva sino después de *día cierto*, el legatario, desde que el testador fallece, los adquiere y transmite á sus herederos *dies cedit*, pero no podrá reclamarlos sino á raíz de la realización de dicho día. *«Si vero post diem sint legata relicta simili modo, atque in puris dies cedit.» Ley 5.ª, tít. II, lib. XXXVI, Dig.*

La verdadera razón de por qué deben igualarse los lega-

dos puros y simples y los hechos desde cierto día, es la de que los últimos los otorga el testador con la certeza de que llegarán á ser disfrutados por el legatario ó sus sucesores, desde el momento en que señala una fecha fija que, en el orden natural de las cosas, forzosamente habrá de venir; descubriéndose, por consiguiente, la intención de dicho testador en el sentido de que quiere, sin duda alguna, favorecer al legatario ó á los que le sucedan; lo que no ocurre en el verdadero legado condicional, cuya incertidumbre da á entender á su vez en quien lo instituye una voluntad menos dispuesta á conceder la merced que toda manda, en la gran mayoría de los casos, supone; interesándose subsidiariamente, y para el supuesto bien previsto de que la condición no tenga efecto, por el heredero testamentario ó legítimo ó por la tercera persona á que entonces ha de acrecer el legado.

Y esta asimilación es tanto más aceptable, cuanto que la manifiesta pugna que existe entre los artículos 759 y 799 del Código, sólo puede conciliarse dando por cierto, según expusimos en su lugar oportuno, que el legislador, al trasplantar del Código Napoleón la doctrina hoy encarnada en el art. 799, quiso referirse á los legados concedidos *desde día cierto*, cuya circunstancia, si bien dilata el cumplimiento de aquéllos, no puede, sin embargo, filiarse con rigurosa exactitud como una condición suspensiva.

Ahora bien; entendiendo por condición la existencia de un suceso previsto, pero de realización problemática, el legatario no puede adquirir nada mientras que aquélla no se cumpla; en cuyo caso el *dies cedit* y el *dies venit* tendrán lugar simultáneamente en el mismo indicado momento. Por esto el art. 759 de nuestro Código preceptúa que el heredero ó legatario que mueran antes de que la condición se cumpla, aunque sobrevivan al testador, no transmiten derecho alguno á sus herederos.

Aun en ciertas ocasiones y en determinado sentido cabría decir que en los mismos legados puros y simples, los *dies cedit* y *dies venit* se realizan en momentos distintos; por ejemplo, cuando el heredero instituído y gravado al propio tiempo con el pago de la manda no aceptara desde luego la herencia, sino que, amparado por el derecho que le otorga el apartado segundo del art. 1.010 del Código, pidiere la formación de inventario

antes de aceptar ó repudiar, para deliberar sobre este punto; habiendo de durar por lo menos el plazo que al efecto se le otorgue, treinta días. En casos como éste, el legatario adquirirá indudablemente su derecho desde que muera su favorecedor, pero no podrá reclamarlo hasta que no haya persona obligada en forma (por medio de la aceptación tácita ó expresa) contra la cual válida y eficazmente poder dirigirse.

Confirma lo que venimos diciendo el art. 1.025, según el cual, durante la formación del inventario y el término para deliberar, no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados.

Declaran, en comprobación de lo dicho, las *Sentencias de 24 de Marzo de 1857* y *26 de Septiembre de 1862* que: *a)* «cuando se lega una cosa en propiedad y posesión para siempre, aunque con la obligación ó gravamen de que, en el caso de morir sin sucesión el legatario, pasen los bienes á otras personas, el legatario adquiere de derecho el pleno y absoluto dominio del legado, sin que el heredero testamentario pueda alegar ninguno á tales bienes, si fallece antes que el legatario el que había de adquirirlos después»; *b)* «siendo puro un legado cuando la cláusula del testamento en que se establece no contiene día, tiempo, ni condición, ni otra cualidad ó circunstancia que suspenda ó difiera su cumplimiento; ni la obligación con que un testador grave á sus herederos de costear la educación y alimentos de la legataria hasta que tome estado ó cumpla veinticinco años, ni la pena que imponga á ésta de perder el legado en el caso de pedir soldadas, varían la naturaleza y esencia del legado, el cual, como puro, empieza á deberse y puede exigirse desde la muerte del testador; el privar éste en un codicilo al padre de la legataria del usufructo del legado, no le obsta ser heredero de aquélla para suceder á su defunción en los derechos adquiridos por la misma, y por consiguiente, para reclamar los bienes en que consistía el legado, con sus aumentos correspondientes».

***

Aceptación ó renuncia de legados.—De los diferentes preceptos que regulan la materia de aceptación y repudiación de herencia y de los artículos 888, 889 y 890, que en esta misma

sección se ocupan de determinados extremos sobre aceptación y renuncia de mandas, no se deduce en modo alguno la necesidad de que el legado haya de ser aceptado previamente, para que pueda adquirirse, siendo puro y simple, desde la muerte del testador. El heredero no podrá ser tenido por tal, aun después de ocurrido ese fallecimiento, y hallándose nombrado pura y simplemente, si tácita ó expresamente no ejecuta actos, por medio de los cuales exteriorice su intención de aceptar el cargo con las consiguientes responsabilidades que impone. En cambio, el legatario se entiende siempre que acepta la manda mientras no la renuncia; lo cual no obsta para que, en determinados casos, y sobre todo cuando con el legado se transmiten gravámenes que afectan al mismo, sea preciso requerir al legatario, á fin de que se manifieste paladinamente sobre el hecho de la aceptación ó de la renuncia, si éstas no las expresó por circunstancias que suplan á las clara y solemnemente acreditadas.

La razón de lo dicho nos la da un insigne Profesor español de Derecho civil, al exponer que el legado, sin que haya mediado la aceptación ni el apoderamiento de la cosa legada, se reputa adquirido por el legatario bajo la regla de que se entiende que cada uno acepta aquellas cosas de las cuales ha de resultarle únicamente un beneficio, y toda cosa ó derecho adquirido es transmisible á los herederos, no siendo de la clase de los personalísimos.

*
* *

Frutos ó rentas de la cosa legada.— Tampoco creemos que se hubiera juzgado necesario declarar en el art. 882 que, al adquirir la cosa legada el legatario, hace suyos los frutos ó rentas pendientes que correspondan á la misma desde la muerte del testador, si no fuera para distinguir sobre el particular las mandas de cosa específica y determinada de las genéricas ó de cantidad. Porque es natural y ya axiomático en el Derecho, que el ue es dueño de una cosa, lo es también de lo que la misma oduce (la propiedad de los bienes da derecho por accesión á do lo que ellos producen, ó se les une ó incorpora, natural ó rtificialmente, art. 353 del Código). Además, ya declara asi-

mismo el art. 1.095 que el acreedor tiene derecho á los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla.

En el legado específico, la cosa objeto del mismo aparece concretada é individualmente diferenciada de las demás; la voluntad del testador se encuentra por ello asimismo definida, al querer otorgar una merced cierta en cantidad y calidad: por cuyo motivo, la misión del gravado con tal manda se limita á traspasar material ó simbólicamente esa cosa que no necesita elegir entre otras del mismo género, ni aun adquirir del dominio ajeno. Por esto, agrega con previsor acierto nuestro artículo 882, que la cosa ha de ser además propia del testador, para que el percibo de frutos, el aumento ó mejora y la pérdida ó deterioro, empiecen á contarse en favor ó en contra del legatario desde el fallecimiento del causante.

El Código, sobre dichos extremos, parece que no determina los efectos del legado de cosa ajena, y lo hace, aunque incompletamente, en el art. 884 del legado genérico ó de cantidad. ¿Desde cuándo, pues, adquirirá el legatario la propiedad de la manda de cosa ajena, percibirá los frutos y rentas pendientes y tendrá á su favor ó su cargo las mejoras y deterioros? Ya advertimos cuidadosamente en renglones anteriores, la diferencia entre el derecho á que aludía el art. 881 y el de «*adquisición de la propiedad de la cosa legada*» que menciona (según gramaticalmente así debemos entenderlo) el 882; distinción que juzgamos de verdadera transcendencia, pues ya diremos que el derecho de propiedad presupone la identidad de la cosa á que se refiere.

Bajo tal supuesto, nos parece indudable que el legatario de cosa ajena, si ha sido instituído pura y simplemente, adquiere el *derecho de propiedad* del legado desde que el testador fallece, aunque, según el art. 882, no adquiera todavía en ese momento el *derecho de propiedad de la cosa legada*, la cual antes es preciso que se despoje de su condición de ajena y pase por lo menos al dominio de la persona gravada con la manda.

Lo propio creemos que debe decirse de los legados genéricos y de cantidad hechos pura y simplemente. Con lo cual, quedan resueltos otros extremos, que en adelante hemos de prever y examinar. Esa distinción de derechos debe ser cardinal, para así comprender mejor las consecuencias que producen las clases diversas de legados.

Los demás efectos jurídicos que señala el art. 882 nacerán, en el legado de cosa ajena, desde el momento en que el gravado con éste adquiera lo que el testador señaló sabiendo que no le pertenecía. No puede ser otro el instante á que alude el precepto que comentamos, que por cierto, debió ser un poco más expresivo sobre el particular. En efecto: el art. 861 del Código obliga al heredero á adquirir y entregar al legatario la cosa ajena, y no siéndole posible, á darle su justa estimación. Hasta el momento en que uno de estos dos extremos sea conocido y tenga realización cumplida, no puede averiguarse si el legado ha de ser de cosas ó de dinero. Hasta dicho momento, no es, por tanto, específica y determinada la cosa legada; y entonces, por consiguiente, se podrá saber qué frutos ó rentas pueda rendir; las mejoras de que es susceptible y las pérdidas á que puede estar expuesta.

Adoptan criterio diverso al de nuestro art. 882, en cuanto á la fecha desde la que debe computarse el pago de frutos ó rentas, los Códigos francés (§ 2.°, art. 1.015), italiano (864) y holandés (1.005). Siguen á nuestro Código, los de Méjico (3.603), República Argentina (3.766), Guatemala (8.774), Portugal (1.838), Austria (686) y Uruguay (899), entre otros varios.

Estimamos más justa y científica la doctrina de los últimos Códigos, y no creemos, como el ilustre jurisconsulto Troplong, que los principios obliguen á establecer que el heredero hace suyos los frutos mismos, cuando el legatario no demanda la entrega del legado, por las razones que da dicho autor, de no estar obligado á saber el expresado heredero si el legatario acepta ó no el legado, y porque comprendiendo el título de heredero el *universum ius*, debe también comprender los frutos desde el día de la muerte del testador.

Ya hemos dicho que la aceptación de los legados se presume, por regla general, y, además, como expresa un tratadista, si tal doctrina prevaleciera, el heredero resultaría siendo poseedor de mala fe, no pudiendo tener por suya la cosa legada ni, por tanto, sus frutos, ya que el testamento la adjudica á otro. Por otra parte, si la pérdida ó deterioro de la referida cosa se han de imputar al legatario desde la muerte del testador, justo es que á aquél se le conceda alguna compensación contra tan posible y verosímil riesgo.

La capital transcendencia que en materia de mandas se ha venido siempre dando en la legislación francesa á la distinción entre legados entregados ó no entregados y á los efectos importantísimos de la interpelación judicial de los mismos, «*demande de délivrance*», y la diversa condición jurídica de los partícipes testamentarios que pueden establecerse en un testamento hecho con arreglo al Código francés, justifican la diferencia de doctrina. Los otros Códigos extranjeros que siguen á aquél están bien significados en el sentido de su demasiado apego á las máximas del Derecho napoleónico.

Todas las elocuentes disertaciones de Laurent sobre el particular, no nos convencen, deplorando no poder suscribir á su opinión. Si han de retrotraerse á la hora de la muerte del testador todos los efectos de sus disposiciones *mortis causa*, principalmente cuando ningún suceso ó plazo indeterminado á ello se opone, más lógico parece someter asimismo el legado, una de tales disposiciones más importantes, á esa regla general y científica. El mismo Laurent confiesa, al justificar la prescripción correspondiente del Código francés, que, en materia de sucesión, la ley no sigue los principios ordinarios sobre adquisición de frutos. No es el propietario, según él, el que los gana: tampoco el poseedor, en calidad de poseedor de buena fe, sino el heredero que entró en la herencia.

Si fuera cierto, como expresa después dicho eminente tratadista, que en un principio se ignora si el legatario llegará á ser propietario del legado, lo cual depende de la entrega de éste *(délivrance)*, hasta cuyo momento no puede tener los derechos útiles que derivan del dominio, no se concebiría cómo, á pesar de ello, cabe que la manda se transmita á los herederos del referido legatario desde la muerte del testador, cuya declaración asimismo establece el art. 1.014 del Código francés; y, como dice Rogron, uno de sus comentaristas más autorizados, si el legatario, de cualquiera clase que sea (particular, universal ó instituido á título universal, pues ya sabemos que estas tres especies admite la citada legislación extranjera), muere sin haber recogido su manda y aun sin tener conocimiento de ella, el derecho que tenía sobre la cosa donada se encontraría comprendido en su herencia, y pasaría á sus herederos por derecho sucesorio.

El motivo de que la ley de *Partida* anotada en los *Precedentes legales* se acomode á la expuesta doctrina del Código francés lo encontramos en la necesidad prescrita por la legislación del Rey Sabio de la adición de la herencia, como requisito del todo indispensable, necesidad que ya dejó sin efecto *El Ordenamiento de Alcalá (ley 1.ª, título XVIII, libro X de la Novísima Recopilación).*

Tres clases de frutos distingue nuestro Código, á saber: naturales, industriales y civiles; los primeros son las producciones espontáneas de la tierra y las crías y demás productos de los animales; los segundos, los que producen los predios de cualquiera especie á beneficio del cultivo ó del trabajo; y los terceros, el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias ú otras análogas (art. 355). Estas últimas y las demás que correspondan á un legado de cantidad están descartadas de la disposición y alcance del art. 882; pertenecerán, según el 884, al legatario desde la muerte del testador, sólo cuando éste así lo hubiera dejado dispuesto.

El precepto que comentamos hizo bien en suprimir el calificativo de «*futuros*» que añadían á la frase «*frutos pendientes*» los proyectos de 1851 y 1882 y el Código de Méjico; porque resultaba una inútil redundancia referirse á frutos futuros, á los cuales tendrá, sin duda alguna, derecho el legatario desde el momento en que los respectivos preceptos de dichos Cuerpos legales y el nuestro que comentamos, le conceden el percibo de los frutos actuales y pendientes.

Aclara la significación del término «*frutos pendientes*» el artículo 357 de nuestro Código, según el cual, no se reputan frutos naturales ó industriales, sino los que estén manifiestos ó nacidos; y respecto á los animales, hasta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido.

Natural es que, por lo estatuído en el art. 356, el legatario deba pagar al heredero ó persona gravada con la manda, á la herencia, ó al tercero que anteriormente los desembolsó, los gastos hechos para lograr la producción, recolección y conservación de los frutos.

Los frutos percibidos y las rentas devengadas antes de la muerte del testador, excusado es advertir á quién hubieron de

aprovechar ó á quién han de satisfacerse. Los recogidos, pero no utilizados antes de esa fecha, pertenecen á la herencia. Por eso el art. 882 hace mención solamente de las rentas devengadas y no satisfechas.

*
* *

Mejoras y pérdidas de la cosa legada.—Siguiendo asimismo los principios que regulan todo derecho de propiedad, la última parte del art. 882 asigna al legatario la facultad de aprovecharse de los *aumentos y mejora* de la cosa legada. Con esto indudablemente se alude á lo que por derecho de accesión se incorpora ó forma parte de los bienes inmuebles y muebles. Por lo cual, al legatario corresponderá asimismo lo *edificado*, *plantado* ó *sembrado* en el predio objeto de la manda, cuando el que tales obras realizare procediese de mala fe; y á cuya persona sólo entregará la correspondiente indemnización si al ejecutar esos actos le guiara buena fe, á no ser que el legatario resolviera obligar al que fabricó ó plantó á pagar el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente (artículos 361 y 362). De igual suerte pertenecerá también al legatario de heredades confinantes con las riberas de los ríos el acrecentamiento que aquéllas reciban paulatinamente por efecto de la corriente de las aguas, y la parte segregada de otra heredad que á la suya viniera á parar por la fuerza de un río, arroyo ó torrente. Por el mismo motivo acrecerán á la finca legada los árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas que vayan á parar á aquélla, siempre que los antiguos dueños no lo reclamaran en el término de un mes; aun mediando esa reclamación, dichos dueños abonarán al legatario los gastos ocasionados en recoger los árboles y ponerlos en lugar seguro (artículos 366, 368 y 369).

Al legatario de terrenos ribereños del propio modo corresponderán, en la longitud respectiva, los cauces de los ríos que quedan abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas; y recobrará el cauce que haya vuelto á quedar en seco, naturalmente ó por virtud de trabajos legalmente autorizados, si dicho cauce se hubiese abierto, variando su curso un río navegable y flotable y penetrando en la heredad legada. Tendrá derecho á las islas que por sucesiva acumulación de arrastres

se forman en los ríos si es legatario de una de las fincas de las márgenes ú orillas más cercanas: en totalidad si las primeras distasen menos de su heredad que de la de enfrente, y por mitad si las islas se hallasen en medio del río (artículos 370, 372 y 373).

Le pertenecerá además la cosa mueble accesoria que se una á la que le fué legada, si ésta merece el concepto de principal, según los artículos 376 y siguiente del Código, indemnizando de su valor al dueño de la cosa accesoria, caso de haber procedido éste de buena fe, y sin que, en el caso opuesto, le corresponda pagar dicha indemnización, que á él, por el contrario, se le habrá de satisfacer por los perjuicios sufridos con motivo de la incorporación (artículos 375 y 379). Vendrá asimismo á ser también dueño de la cosa que, como igual ó de diferente especie á la legada, se haya mezclado ó confundido de mala fe con aquéllas y de la indemnización además por los perjuicios que de tales operaciones le hayan resultado, y, de la misma suerte, le corresponderá la cosa que se haya formado de mala fe con la materia legada, sin pagar nada al autor de la nueva especie, á no ser que quiera exigir á éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios seguidos.

La *Sentencia de 7 de Mayo de 1860*, ya determina que la *ley 39.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª*, que declara los frutos pertenecientes al poseedor de buena fe, no es aplicable al caso en que se trata de bienes legados, porque respecto de la propiedad y frutos de éstos, rigen disposiciones especiales.

Por último, y en justa consonancia con los derechos que al legatario quedan determinados, y que derivan jurídicamente de su carácter de dueño de la cosa legada, ha de sufrir los *riesgos, pérdida y deterioro* que aquélla reciba, llegando hasta á hacerse ineficaz la manda si dicha cosa pereciere completamente, como ya hemos visto que dispone el núm. 3.º del artículo 869 de nuestro Código.

Pero, para no poner en contradicción este precepto con el que comentamos, debe, sin duda alguna, sobreentenderse que no en todos los casos han de correr á cargo del legatario los deterioros, desmerecimiento y aun pérdida de la cosa legada específica y determinadamente. Ya dice el expresado núm. 3.º que, para que se entienda extinguido el legado por perecimiento de

la cosa en que consistía, debió haber ocurrido éste sin culpa del heredero ó de la persona gravada con aquél. Si mediara culpa en estas personas, es incuestionable que el legatario en nada se perjudicaría, porque por encima de toda distinción se halla el precepto general del art. 1.101 del Código, según el cual, quedan sujetos á la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurriesen en dolo, negligencia ó morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran al tenor de aquéllas. De suerte que lo que exponíamos relativo á la pérdida de la cosa legada, debe hacerse extensivo á cualquier deterioro ó desperfecto que la misma sufra, según el claro contexto del transcrito artículo.

Virtualmente, por tanto, el que comentamos se refiere á la pérdida ó deterioro de la cosa legada que ocurriese, estando ésta aún por entregar, en virtud de un caso fortuito, del cual es sabido que nadie responde, ó por voluntad del legatario, hallándose ya dicha cosa en su poder; lo que bien natural y comprensible debe parecer.

Tal doctrina hallamos en la *ley de Partida*, citada al pie del artículo 882. Y el Código de Austria determina en su art. 686 que el legatario sostendrá todas las cargas inherentes al legado, y también el daño correspondiente, en el caso de que *sin culpa* de otro, llegase á disminuir la cosa legada ó á perecer totalmente.

El jurisconsulto Pothier *(Introduction au titre XVI de la coutume d'Orleans*, núm. 93), declara, á nuestro juicio con perfecta legalidad, que, si el heredero invierte expensas para la conservación de la cosa legada, debe reembolsárselas el legatario; si hizo en ella trabajos útiles, el último debe permitir al primero levantar las plantaciones ó construcciones, á no ser que aquél quiera indemnizarle de las mismas.

ART. 883. La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador.

Concordancias.—Igual al art. 699 del proyecto de 1851 y al 699 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 6.ª, tit. IX, ley 37.ª*—Entregar deue el heredero a aquel a quien fue fecha la manda de la cosa que el testador le mando, con todo lo al que le perteneciesse aquella cosa mandada. E esto seria como si le mandasse vn solar, e despues que gelo ouiesse mandado, fiziesse el testador casa o otro edificio en el. Ca estonce, aquel a quien fue fecha la tal manda deue auer tambien la casa como el solar. E esso mismo dezimos que seria si le fiziesse manda de vn campo e despues se le acresciesse alguna cosa por auenidas de rios, que le corriessen de cerca, o se ayuntassen a el otras cosas; assi como arboles: o fuesse y puesta viña despues...

COMENTARIO.—A primera vista parece arbitraria la colocación en este lugar del art. 883, porque se trata en él de la entrega de la cosa legada, de cuya materia vuelve luego á ocuparse el legislador, saltando por encima del art. 884, en el 885. Pero deteniendo algo más la atención en los referidos preceptos y en los que les anteceden y subsiguen en el Código, se viene en conocimiento de que el artículo que vamos á analizar aisladamente en este comentario, es una continuación del estudio relativo al legado hecho pura y simplemente de cosa especifica y determinada, propia del testador, regulado en los artículos 881 y 882.

Y que el 883 indudablemente alude á esa clase de mandas nos lo comprueban de modo completo sus últimas palabras, referentes á que la cosa legada se ha de entregar en el estado en que se halle al morir el testador; lo cual, por las nociones que ya tenemos explicadas, no puede realizarse ni en la manda de cosa ajena ni en la genérica, ni tampoco en la hecha alternativamente, á no ser en los casos de excepción que ya conocemos.

Mas con la doctrina que se establece en el art. 883 se formula precepto aparte, y la frase *cosa legada* parece emplearse en sentido general; las dudas que al pronto origina el alcance de aplicación de dicho precepto, son muy comprensibles y fundadas, desde el momento en que sólo en él averiguamos la causa ó motivo de la disposición que contiene, por uno de los efectos que menciona, cuando debia acontecer lo contrario.

El legislador pudo, por lo menos, redactar el artículo di-

ciendo: «la cosa legada, cuando sea especifica y determinada, deberá entregarse con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador».

Esta disposición, pues, alude principalmente á la clase referida de legados; la contenida en el art. 885, que también versa sobre entrega de mandas, es aplicable á todas en general.

La enunciación de la materia propia de nuestro artículo, mejor se habria hecho, por razones lógicas, á la inversa de como aparece en aquél. Es decir: la cosa legada deberá ser entregada en el estado que tenía al morir el testador y con los accesorios todos que la correspondan. La primera declaración es consecuencia del invariable principio que domina en todo el tratado sucesorio, y que ya hemos repetido hasta la saciedad. Como dice Laurent en sus *Principios de Derecho civil*, antes de la muerte del testador, el legatario no tiene ningún derecho en la cosa legada; aquél conserva la entera disposición de la misma, pudiendo usar y abusar de ella, mejorarla ó deteriorarla. El causante la lega para cuando deje de existir, y apareciendo el derecho del legatario el día referido de la muerte del testador, se sigue como consecuencia que la cosa legada debe entregarse en el estado que en dicho momento tenga.

Fundados en tales consideraciones, se comprende la declaración que hace la ley de *Partida* anotada en los *Precedentes legales*, cuado refiere que si el testador hiciese casa ú otro edificio sobre el solar legado, ambas cosas, siempre, como es natural que subsistan á la muerte de su dueño, serán las que habrán de entregarse al legatario.

Nuestro artículo no parece hallarse muy conforme con lo que los Códigos francés y portugués disponen en sus artículos 1.019 y 1.844 respectivamente, según los cuales, cuando el que ha legado la propiedad de un inmueble la ha aumentado después con algunas adquisiciones, aun cuando éstas estén contiguas, no se juzgarán como parte del legado sin nueva disposición, á no ser que se trate de adornos ó edificios nuevos, hechos sobre el suelo legado, ó de algún cercado cuya capacidad haya aumentado el testador. Y decimos que no aparece perfecta esa conformidad, porque aunque declaran asimismo dichos dos Códigos extranjeros que la cosa legada se entregará en el estado en que se hallare el día de la muerte del donante, las

excepciones antedichas no resultan aceptadas, al parecer, por nuestro Código, el cual, por el contrario, hace la declaración general referida sin limitaciones ni salvedades.

Por otra parte, los expresados Códigos, al mencionar los accesorios necesarios y al unir íntimamente esta idea con la de entrega de la cosa en el estado que tenía al morir su dueño (según puede verse en los artículos antes citados), indudablemente señalan esfera de comprensión más limitada que la del precepto español, en el cual dichas dos ideas se hallan más separadas, como lo indica su misma redacción. Por ese motivo, principalmente, comenzamos el estudio de aquéllas por la segunda, es decir, por la concerniente á la entrega de la cosa en el estado en que se encuentra al óbito del causante, cuya idea se refiere además á un efecto más importante de los legados específicos, que la otra.

Opinamos, pues, que el art. 883 da á entender que toda clase de construcciones, reparaciones, mejoras, embellecimientos, adornos, etc., que el testador lleve á cabo en la cosa legada, si subsisten al morir aquél, siempre que no constituyan una nueva cosa, independiente de la que fué objeto de la donación testamentaria, han de ir comprendidas y entregadas con ésta al legatario, salvo (y casi holgaría el decirlo) cuando dicho testador hubiere manifestado otra cosa en su testamento.

Vamos, al expresar tal opinión, en la buena compañía de los insignes tratadistas franceses Pothier y Demolombe (*Des donations testamentaires*, *Cours de Code Napoleón*).

Como dice el primero, si el legatario, en términos generales, se aprovecha de los aumentos que provienen de hechos del testador en la cosa legada, desde que éste otorga su testamento, comprando, por ejemplo, trozos de tierra é incorporándolos á la alquería ó finca objeto del legado, debe ser ésta tradida con todos dichos aumentos.

Por tanto, la única duda que sobre el particular puede nacer es, como ya antes apuntábamos, sobre la consideración de si esos aumentos constituyen una cosa distinta; respecto de los cuales tiene razón Laurent al reputar indispensable una nueva liberalidad para que se entiendan también transmitidos por el testamento, ó, por el contrario, hayan de formar parte integrante ó accesoria, como componentes adecuados de la cosa.

La prescripción del art. 883 conviene con la del 1.092, pues éste también dispone que la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados.

¿Consideraremos hoy vigente el precepto de la *ley 12, tit. IX, Partida 6.ª*, en su última parte, según la cual, si los testadores hicieren manda de tal cosa, de que no fueren ciertos si estaba viva ó no, así como de cosa que estuviere en otra parte, el heredero debe dar fianza á aquel á quien fué mandada tal cosa, que si la pudiere haber por alguna manera que se la dé; debiendo el heredero trabajar á su costa para cobrarla?

Esa cosa futura ó desconocida puede constituir objeto de legado, y porque puede ser de naturaleza específica y determinada, la traemos á colación en el presente comentario.

Mas, en nuestra opinión, y desde el momento en que el Código civil no adoptó literal ó virtualmente la doctrina contenida en la transcrita ley de *Partida*, quedó ésta derogada; no subsistiendo, por consiguiente, más medios de asegurar y afianzar el cumplimiento de legados que los eficaces de la *ley Hipotecaria*, ó sean los que suponen las llamadas anotaciones preventivas, las cuales en muchas ocasiones, como ya sabemos, garantizan perfectamente el respeto á las mandas, aunque éstas no consistan en bienes inmuebles.

Ni en nuestro art. 883, ni en los anteriores ó posteriores al mismo, se prevé el punto referente al lugar en que deben entregarse los legados, siendo éste el momento más oportuno para dilucidar tal extremo. ¿Habrá querido dar á entender el legislador que, en materia de mandas, rige también la prescripción general del art. 1.171, determinante de que el pago de toda obligación deberá ejecutarse en el lugar en que aquélla se hubiera designado; no habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, en donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación, y, en cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor? Entendemos que sí, y la jurisprudencia viene en nuestro apoyo.

Las recientes *Sentencias de 4 de Enero de 1896* y *24 de Abril de 1897*, respectivamente, declaran: La primera, que tratándose de una acción ejercitada en reclamación de un legado de 10.000 reales, y no habiendo juicio de testamentaría pen-

diente, la obligación cuyo cumplimiento se reclama, se halla sometida á las condiciones ordinarias de las personales, con tanto mayor motivo cuanto que la persona demandada en autos (que era albacea y heredero) lo había sido como casuahabiente del primer obligado, y que, esto supuesto, para la determinación de la competencia hay que atenerse á lo dispuesto en el art. 1.171 del Código civil, en relación con la regla 1.ª del art. 62 de la *ley de Enjuiciamiento*, según la cual, en los juicios en que se ejerciten acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento, y, por tanto, no habiendo lugar expresamente designado para el cumplimiento de la obligación reclamada en autos, ni refiriéndose ésta á cosa existente en lugar determinado, debe ser el domicilio del deudor ó demandado el que sirva para fijar la competencia del Juez. Y la segunda sentencia citada que, teniendo por objeto la demanda origen del pleito hacer efectiva la mitad de un legado consistente en la suma de 1.000 reales en metálico ó en una tierra á justa tasación pericial, no cabe duda de que la obligación de que se trata debe cumplirse en el pueblo en que radican los bienes hereditarios, y habría de verificarse el avalúo y entrega de la finca en el caso de que se optase por abonar en esta forma el legado.

De suerte que, por lo que dan á entender las sentencias transcritas, los legados habrán de entregarse ó pagarse, ante todo, en el lugar que previamente aparezca designado en el testamento; si no existe tal designación, en el sitio en que se encuentre la cosa legada, y, á falta de estas dos circunstancias, en el domicilio de la persona que aparezca gravada con la manda.

El art. 1.843 del Código portugués también preceptúa que la cosa legada ha de entregarse en el lugar en que estuviese á la muerte del testador, aunque si el legado consistiese en dinero, n joyas ó en otros valores representados por títulos, cualquiera ue sea la especie de éstos, se entregará en el lugar donde se hiciere la declaración de la herencia, salvo disposición del testador y convenio de las partes en contrario.

La cosa legada, añade nuestro art. 883, deberá ser entregada con todos sus *accesorios*. Dice Goyena, al comentar el art. 699 del proyecto de 1851, que se llama accesorio de la cosa legada todo lo que, sin ser la misma cosa, tiene con ella tal relación, que no debe separarse, y antes bien debe seguirla.

Pothier, en la obra antes mencionada, expresa que si se ha legado un armario, se debe también la llave del mismo, ó, por mejor decir, ésta, forma parte de aquél.

Los títulos de propiedad de una finca, añade Laurent, son un accesorio suyo, y deben también ser entregados al legatario.

Rogron afirma con exactitud que los accesorios se deben al legatario porque siguen á lo principal; así, en el legado de un fundo se comprenden todos los muebles en aquél instalados con carácter de permanencia, como también todos los animales que sirven para la explotación: en el legado de una fábrica se consideran incluídos todos los utensilios ó accesorios que en ella se encuentran y que se estimen necesarios en la misma.

Por esto, el Código de la República Argentina (art. 376), apuntando otra idea que conviene tener en cuenta al señalar la significación y alcance de la frase «*accesorios de la cosa legada*», dispone que con ésta se entregarán los *útiles necesarios* para su uso que existan en ella.

Ya que no es tarea factible la de enumerar todos los tipos de accesorios que pueden darse en las cosas legadas, parécenos trabajo más práctico el de designar algunos, á guisa de ejemplos, tomados, ya de algunos Códigos extranjeros, ya del nuestro ó ya de la misma realidad.

Si se lega un carruaje de cualquiera clase, se entenderán legados los arneses y las bestias de que el testador solía valerse para usarlo, y que al tiempo de su muerte existan.

La *Sentencia* del Tribunal Supremo *de 9 de Marzo de 1886* declara que el legado de una casa, incluso los muebles, ropa y toda cosa de valor, á las libres voluntades de los legatarios, no comprende ni el dinero ni los créditos, á no ser que claramente se probase que el testador tenía también voluntad de legarlos.

Con las tierras se entenderán legados los árboles, plantas y frutos pendientes mientras estuvieren unidos ó formando parte integrante de aquéllas. Asimismo, pasará al legatario, con el inmueble, todo lo que á él se halle unido de una manera fija,

de suerte que no pueda separarse sin quebrantamiento de la materia ó deterioro de la cosa adherida: las estatuas, los relieves, las pinturas ú otros objetos de uso ú ornamentación que revelen el propósito de permanecer siempre en el fundo; las máquinas, vasos, instrumentos ó utensilios destinados por el testador á la industria ó explotación legados, siempre que aquéllos concurran directamente á las necesidades de la explotación misma; los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces ó criaderos análogos, siempre que dicho testador los haya colocado ó conserve con el propósito de mantenerlos unidos á la finca legada y formando parte de ella de un modo permanente; los abonos destinados al cultivo de una heredad que estén en las tierras legadas en que hayan de utilizarse; las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al predio objeto de la manda, y las aguas vivas ó estancadas existentes en aquél.

Parece excusado advertir que todos esos objetos que, para el fin presente, estimamos como accesorios de la cosa legada, han de hallarse formando parte ó unidos á aquélla en el momento de morir el testador, si se quiere que pasen con la misma al dominio del legatario.

Dicha cosa, como es natural, se entregará y transmitirá con todas las responsabilidades que en contra suya tuviera en el expresado momento; y ya nos ha anticipado el apartado tercero del art. 867 que cualquiera carga perpetua ó temporal á que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario. Así, una servidumbre que grave sobre la finca objeto de la manda, como carga real que es (inseparable de la finca á que activa ó pasivamente pertenece, art. 534), continuará debiéndose por el legatario. Si el fundo á éste concedido hace de inmueble dominante, por el contrario, le asistirá el derecho de exigir la servidumbre establecida en su beneficio, y le será á él debida por el dueño del predio sirviente, ya que ese derecho resulta entonces siendo un accesorio de la finca legada. Otro tanto debemos decir del derecho de censo, de hipoteca, de prenda, de arrendamiento, cuando tenga éste el carácter de real, etc., todos los cuales pueden hallarse estipulados en favor ó en contra del testador, y, por tanto, después de su fallecimiento, en beneficio ó en perjuicio del legatario.

ART. 884. Si el legado no fuere de cosa específica y determinada, sino genérico ó de cantidad, sus frutos é intereses desde la muerte del testador corresponderán al legatario cuando el testador lo hubiese dispuesto expresamente.

Concordancias.—Semejante al art. 689 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. IX, ley 37.ª*—Otrosi dezimos que deue auer aquel a quien es fecha la manda, los frutos de aquella cosa que le fuesse mandada, si era de aquel que la mando: desde el dia que el heredero entre la heredad, por palabra o por fecho. Mas si la cosa mandada fuesse agena, deuela comprar el heredero e darla a quien el testador la mando dar. E si por auentura non la quisiesse comprar e aquel que la ouiesse e auer, le dixesse que la comprasse estonces dezimos que si la cosa fuesse atal que del tiempo que la pidió en adelante pudiesse lleuar fruto, tenudo es el heredero de darle aquella cosa, con los frutos que despues saliessen della o la estimacion de todo.

COMENTARIO.—La regla, ó mejor dicho, excepción que comprende el artículo transcrito se refiere al legado genérico ó de cantidad, pero únicamente, al parecer, en cuanto al particular del percibo de frutos é intereses, para diferenciar dicha especie de manda de la que versa sobre objeto específico y determinado.

Tal precepto establece una declaración simplemente negativa. Es decir, nos enseña que en los legados genéricos y de cantidad, sus frutos é intereses no corresponderán al legatario desde la muerte del testador, más que en el caso en que éste así lo hubiera expresamente dispuesto.

Pero cuando esta expresión no conste, ¿qué regla deberá seguirse? ¿Qué motivos tuvo el legislador para no indicárnosla siquiera? ¿Á dónde tendremos que acudir para salvar esa omisión? ¿Podremos aplicar entonces el precepto del art. 1.095, según el cual, tratándose de obligaciones en general, el acree-

dor tiene derecho á los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla?

En nuestro concepto, no existe en el Código otra disposición más oportuna. Ya el antiguo derecho civil preceptuaba que no se deben al legatario los frutos de cosa genérica ó ajena sino desde que se constituye en mora el heredero y se le interpela en juicio para su entrega, ó sea desde la contestación del pleito, porque *a contrario sensu* adquiere dicho legatario dominio en lo legado en el mismo instante en que se transmite cuando la cosa es específica y propia del testador. Así nos lo asevera Febrero y sus reformadores los ilustres jurisconsultos García Goyena, Aguirre, Montalbán y Caravantes, y así se desprende claramente del final de la *ley de Partida* anotada en los *Precedentes legales*.

Tratándose de cosa ajena legada, el legatario realmente no puede percibirla mientras los que hayan sido gravados especialmente con la adquisición de aquélla no acepten la herencia ó el legado respectivos, ó no entren á sustituirles los albaceas ó personas que subsidiariamente les reemplacen en el pago del legado. Otro tanto, se dirá, ocurre con la manda de cosa propia del testador. Pero, en la cosa ajena, además del momento de la aceptación referida, es necesaria la concurrencia de otro hecho del obligado al pago de la manda, cual es la adquisición de esa cosa, ó la entrega de su equivalente valor.

En el legado genérico, por no hallarse la cosa determinada, es preciso determinarla, y mientras no se especifique, realmente no puede decirse que existe esa relación concreta y directa que el derecho de propiedad supone entre el sujeto, ó sea el dueño, y el objeto, es decir, el inmueble ó mueble apropiados. Además, en dicha clase de mandas, el legatario ó la persona gravada necesitan previamente ejercer el derecho de elección, á que se refieren los artículos 875 á 877 inclusive; y, aunque pudieran retrotraerse los efectos de tal elección al momento de la muerte del testador, parece que la misma intención de éste da á entender, cuando lega cosas ajenas ó comprendidas sólo dentro de un género, que no concede el beneficio de la manda al legatario hasta tanto no sea posible concretarlo, individualizarlo en un caso, y quitar al objeto su condición de ajeno en otro; desde cuyo momento la cosa legada se hace específica y determinada, y por consiguiente, desde los mismos

debe computarse el percibo de frutos é intereses, como se computa en los legados de que trata el art. 882 desde la muerte del testador, porque entonces es también ya especifico y conocido el objeto de la manda.

En cuanto á los legados de cantidad, asimismo opinamos que el legislador quiso someterlos al imperio del art. 1.108, según el que, si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y, á falta de convenio, en el interés legal, el cual, mientras otro no se fije, será el 6 por 100 al año. El gravado con la manda incurrirá en mora después que, en una forma ú otra, sea interpelado por el legatario para el pago, sin que el último pueda hacer reclamación alguna interin el primero no acepte la herencia ó legado sobre los que pese el gravamen.

Téngase presente, tratándose de la manda de cantidad, asimismo, el art. 1.109, el cual dispone que los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque el testamento haya guardado silencio sobre este punto.

Las *Sentencias de 4 de Octubre de 1890* y *25 de Julio de 1891* declaran que, según las *leyes 1.ª y 4.ª, lib. VI, tit. XLVII del Código Justiniáneo*, no se deben intereses al legatario por el no pago del legado de cantidad desde la muerte del testador, sino desde la contestación á la demanda.

Según la *Sentencia de 25 de Junio de 1861*, el legado de cantidad indeterminada, en que, para fijar su importe, se necesita que preceda liquidación, es un legado genérico, y por tanto no puede aplicársele la *ley 37, tit. IX, Partida 6.ª* Declara además otra *Sentencia* del Tribunal Supremo, la *de 10 de Julio de 1861*, que cuando se lega la diferencia que resulte, practicada la correspondiente tasación, entre el valor en venta de una casa y la cantidad que el testador tenía recibida á cuenta de ella, debe considerarse tal legado limitado y circunscrito á dicha diferencia, no pudiendo, por tanto, comprenderse en él lo frutos y mejoras no incluídas en la venta, porque las leyes referentes á legados de cosas ciertas ó especies determinadas, son inaplicables á los de cantidad indeterminada.

Para que á un espíritu escrupuloso no le detuviera duda alguna, el legislador debió expresar claramente en el precepto que comentamos que los legados de cantidad á que se refiere son los de cantidad de dinero, á los que indudablemente se alude, pues los de cantidad de otras especies ú objetos deben ir comprendidos en los específicos ó en los genéricos.

Comprueba tal observación el uso que se hace en dicho precepto del vocablo *interés* al lado del de *frutos*, contraponiéndolos á las expresiones *legado genérico* y *de cantidad*.

La *Sentencia de 25 de Noviembre de 1891* expresa que el legado de 75.000 pesetas que un testador hubo de conceder á determinada persona, con la condición de que dicha suma había de imponerse por los testamentarios á nombre de la legataria en el Banco de España ú otro establecimiento de crédito, disfrutando tan sólo aquélla de los intereses que la citada suma produjera, sin que pudiera disponer de ella hasta que contrajera matrimonio y en él tuviera sucesión, y en caso contrario, pasaría por fallecimiento de dicha legataria á los hermanos y herederos del testador, es un legado de cantidad, cuyos intereses han de regularse según lo que determina el art. 884 del Código civil, siendo aplicable el art. 881 del mismo Código.

Por último, según la *Sentencia de 29 de Abril de 1881*, el que muere sin dejar herederos forzosos puede gravar la herencia, reconociendo una deuda á favor de determinada persona, aunque nada la debiere, porque en este caso dice la *ley 19.ª, título IX de la Partida 6.ª: «Tenudo es el heredero del testador de dar la quantía sobredicha á aquel á quien la manda, porque se entiende que gelo quiso dar»*; y, en tal caso, la acción del legatario para reclamar la entrega de cantidad, como todas las que arrancan de un testamento, no empieza á prescribir mientras no se defiera la sucesión, lo que tiene lugar el día del fallecimiento del testador.

¿Podremos incluir en la regla de nuestro art. 884 á los legados hechos en forma alternativa? Ya dijimos en el comentario correspondiente que dicha clase de mandas tienen en cierto modo los caracteres de las genéricas, en cuanto, aun comprendiendo prestaciones cada una de por sí determinadas, no lo son en la intención del testador, que ofrece varias para que quien deba elegir, concrete, á su voluntad, la que haya de ser entre-

gada. En tal sentido, ha de preceder también en este caso el acto de la elección; por lo que concurren los mismos motivos en dichos legados alternativos que en los genéricos y de cantidad para que no se devenguen los frutos ó intereses por virtud sólo de la muerte del testador. Nos referimos á las mandas alternativas, cuyas diversas prestaciones no consistan en cantidad.

Tanto el art. 869 del proyecto de Código de 1882 como el Código francés (art. 1.015) y otros que á éste siguen, sientan el principio consignado en el precepto que comentamos en forma distinta, pues declaran, el primero, que en los legados de cosa no específica ni determinada, sino genérica ó de cantidad, los frutos ó intereses corresponderán al legatario desde la muerte del testador, cuando éste lo hubiese dispuesto expresamente y cuando el legado sea de un fundo ó de un capital ó de otra cosa fructífera; y el segundo, refiriéndose á toda clase de cosas legadas, que los intereses ó frutos de las mismas correrán en provecho del legatario, desde el día de la muerte del testador, aunque no se haya formulado demanda judicial, cuando aquél haya manifestado expresamente su voluntad en tal sentido en el testamento, y cuando una renta vitalicia ó una pensión se legasen á título de alimentos. El precepto francés, si no se refiriera á toda clase de legados, coincidiría más con el nuestro que el del proyecto de 1882, tomado del art. 865 del Código italiano; porque el 880 del Código español ya hemos visto dispone que en *todo* legado de pensión periódica ó de cierta cantidad anual, mensual ó semanal, el legatario podrá exigir la del primer período *así que muera el testador*. Y la excepción relativa á que aquél declare expresamente que se perciban frutos é intereses desde su muerte, ya vemos que la comprende la disposición que estudiamos.

Es significativa la frase contenida en las últimas palabras del art. 884: el testador ha *de disponer expresamente* que los frutos é intereses del legado genérico ó de cantidad se deben al legatario desde la muerte de aquél, para que tal extremo se cumpla. El legislador quiere sin duda que, tratándose de una excepción, como lo es la referida, á un precepto de aplicación general, conste de manera indubitada, y no por virtud de deducciones ni de interpretaciones basadas en propósitos más ó menos demostrables; excepción establecida por el único que

tiene facultad para ello, por ser árbitro en la manera de distribuir su fortuna.

A este fin da á entender el jurisconsulto francés Coin-Delisle, en su obra *Comentaire analytique du Code civil,* que está admitido por todo el mundo el que la ley no exige una expresión sacramental, sino un término cualquiera; es decir, una manifestación de la voluntad por palabras escritas, ya que deben hallarse consignadas en el testamento; añadiendo Demolombe que es difícil admitir como *voluntad expresa* la que se deduzca del *carácter* y del *conjunto* de las disposiciones testamentarias.

Un fallo de la jurisprudencia francesa declara que la cláusula por la cual un testador ordena que la manda sea entregada al legatario dentro del año del fallecimiento de dicho testador, no equivale á la referida declaración expresa, y, por consiguiente, en tal manda los intereses no correrán sino á partir del día en que se formule reclamación judicial. Otro fallo expresa que, no estando prescripto por la ley el empleo de algún término sacramental, la cláusula en la que el testador declara que sus legatarios dispondrán de los bienes que les lega *en plena propiedad y disfrute tan pronto como él muera,* indica suficientemente su intención de legarles asimismo los frutos é intereses desde dicha muerte, dándoles, por consiguiente, derecho á tales frutos desde ese momento.

Merlín, en su *Repertoire universel et raisoné de jurisprudence (mot Legataire)*, acepta una decisión de la *Cour de Bourges*, según la cual, la declaración hecha en un testamento de que los legatarios serán puestos en posesión de sus legados desde que se abra la sucesión del donante, lleva consigo como consecuencia el disfrute, es decir, el percibo de los frutos é intereses, á partir del momento de la muerte del testador.

Hacemos estas referencias á la jurisprudencia y tratadistas franceses por la autoridad que á nosotros deben merecernos, dada la conformidad de los respectivos preceptos del Código napoleónico y del nuestro en el particular de que venimos tratando.

A título de aclaración del concepto «*legado genérico*», y ampliando ideas ya apuntadas en los comentarios de los artículos 875 á 877, mencionaremos ciertas disposiciones del Código

austriaco, perfectamente aplicables al nuestro, comprensivas de ejemplos de tal clase de legados. Dice el art. 674 que bajo el nombre de legado de muebles se comprenden los corrientes y necesarios para el uso decente de la habitación; bajo la manda de mobiliario ó arreos de una casa se comprenderán los utensilios necesarios para la economía de aquélla; no considerándose incluídos, sin embargo, sin una más precisa declaración, los instrumentos necesarios para el ejercicio de un arte ó profesión. Añade el art. 675 que si se legase á alguno un departamento, escondrijo, rincón ó lugar en que se conserven algunas cosas muebles, no subsistiendo aquéllos por sí, pero formando parte de algún todo, se presume regularmente que han sido legadas sólo aquellas cosas que se encontraron en dicho lugar á la muerte del testador, y á la custodia de las cuales fué aquél destinado por su naturaleza ó empleado ordinariamente por él; aclarando el art. 676 que si el expresado departamento es mueble ó al menos existe separadamente por sí mismo, el legatario puede reclamarle, pero no las cosas que en él se encuentran.

Un cofrecito ó una bodega ó sótano establecidos é inscritos aparte, pone como ejemplos el jurisconsulto Pietro Ellinger, comentador del citado Código extranjero.

Al dinero contante pertenecen también aquellos documentos de crédito que en el comercio ordinario equivalen al dinero efectivo.

Declara el art. 677 del mismo Código que si se ha legado un cofrecito, un armario ó una cajita con todo lo en ellos existente, se entienden comprendidos también en la manda el oro y la plata, las piedras preciosas y el dinero contante, y asimismo las obligaciones escritas del legatario hacia el testador. En el legado de cosas fluídas se comprenden también los vasos destinados al transporte de las mismas.

Bajo el nombre de piedras preciosas, dice el art. 678, se entienden de ordinario aquéllas y las perlas buenas; bajo el de joyas también las piedras falsas y los ornamentos compuestos ó cubiertos de oro ó de plata, destinados á adornar la persona; y bajo el nombre de vestuario *(Geshmeide)* se entienden aquellas cosas que, exceptuadas las joyas, sirven para adorno y embellecimiento de la persona.

El legado del oro y de la plata (art. 679) comprende el tra-

bajado y el no trabajado, pero no el amonedado, ni aquello que constituye solamente parte ó adorno de otro objeto hereditario, como, por ejemplo, de un reloj ó de una tabaquera. La mantedería no está comprendida entre los vestidos, y las blondas ó encajes en aquélla, pero sí en el vestuario. Bajo el legado de equipaje ó tren se entienden los caballos con los arreos, tiros y coche destinados á la comodidad del testador y que éste acostumbraba á usar, pero no los caballos de silla ni los arreos que á éstos pertenezcan.

ART. 885. El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero ó al albacea, cuando éste se halle autorizado para dar a.

Concordancias.—Análogo al art. 700 del proyecto de 1851 y al 870 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 7.ª, tit. X, ley 10.*—Entrando o tomando alguno por fuerça por si mismo sin mandado del judgador cosa agena quier sea mueble, quier rayz, dezimos que si derecho, o señorio auia en aquella cosa que assi tomo que lo deue perder...

Partida 6.ª, tit. X, ley 2.ª—Poderio han los testamentarios de entregar, e de dar las mandas que son fechas en los testamentos, e en los cobdicilos, en la manera que los fazedores de los testamentos lo ordenaren...

Part. 6.ª, tit. IX, ley 37.—Entregar deue el heredero a aquel a quien fue fecha la manda de la cosa que el testador le mandó.

Part. 6.ª, tit. IX, ley 38.—Conosciendo el heredero en juyzio que deue dar la manda que fue fecha a alguno, si por auentura non la pudiesse luego entregar, el Juez ante quien es fecha demanda en esta razon debe dar plazo guisada que la de.

COMENTARIO.—De ningún modo mejor que transcribiendo en este momento el art. 877 del Código de Guatemala, desvaneceremos las dudas, ó por lo menos, la aparente desarmonía que, de primera impresión, se percibe entre el artículo anotado y

el 881. El legatario, dice dicho Código, adquiere, desde la muerte del testador, el *dominio* de la cosa legada en el estado en que se halle, y obtiene *la posesión* desde que se le entregue por el albacea ó heredero. No se olvide que la primera parte de esta disposición rige en el Derecho español sólo tratándose de los legados puros y simples.

Es decir, no por negarse el cumplidor del legado á entregarlo, ó por no haber llegado la ocasión de la entrega, deja el legatario de ser dueño perfecto de la manda, con facultad de enajenarla, de transmitirla *mortis-causa*, de gravarla, de hacer, en fin, con ella todo lo que un propietario puede hacer libremente en sus cosas. De la posesión nunca, en la materia que al presente estudiamos, podrá nacer la propiedad, la cual sólo se adquiere del testador y por virtud de la muerte de éste. En cambio, del dominio de la cosa legada, adquirida en esa forma, tiene que originarse la posesión á que alude nuestro art. 885, hasta tal punto que sin el primero no puede explicarse en modo alguno la segunda.

Mas así como (art. 440) la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción, y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue á adirse la herencia, entendiéndose que el que válidamente repudia una herencia se considera que no la ha poseído en ningún momento, tratándose, no de la herencia en sentido restringido, sino del haber que el heredero, á título de intermediario entre el difunto y los demás partícipes singulares testamentarios, está en la obligación de hacerlo llegar á su señalado destino, el legislador quiere que medie, cuando se solicite y proceda, un acto solemne y formal de entrega, de investidura simbólica de la cualidad de legatario por virtud de la tradición real ó simulada de las cosas en que las mandas consistan.

Lo que sucederá es que el legatario que disponga en cualquiera forma de su legado, sin hallarse posesionado, no traspasará más derechos que los que á él entonces le competan *(nemo dat quod non habet)*, y el encargado del pago de la manda cumplirá el deber que le impone el art. 885, en su caso, cerca de los herederos ó cesionarios de dicho legatario.

De suerte que la *entrega* y *posesión* de que tratamos constituye un requisito complementario para el cumplimiento del

legado, al par que una circunstancia *sine qua non* cuando el legatario quiera, material y personalmente, disfrutar por sí mismo ó hacer que otro, á su nombre, disfrute la cosa legada (la posesión se ejerce en las cosas ó en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, ó por otra en su nombre, artículo 431), pero nunca una condición primordial, una solemnidad previa á la efectiva adquisición del dominio de dicha cosa, y á la entrada en la calidad de legatario.

El jurisconsulto Rogron, al comentar el art. 1.014 francés, una de cuyas declaraciones conviene con la del nuestro 884, afirma que pueden darse excepciones en que el legatario no necesita que se le entregue la manda, por ejemplo, cuando la cosa en que ésta consista se encuentra ya en manos de él á título de depósito, de préstamo, de arrendamiento, etc., ó cuando se le hubiera perdonado la deuda. Un fallo de la jurisprudencia francesa, según dicho autor, declara que un legatario no puede demandar judicialmente á un tercero detentador del objeto legado sin haber antes obtenido del heredero legítimo ó del Tribunal la entrega de su legado.

Ya en el Derecho romano se hallaba asimismo reconocido que, aun en los casos en que el legatario adquiere inmediatamente el domino de la cosa legada, no puede ocuparla por sí mismo, prescindiendo del obligado á prestarla (*leyes 1.ª*, § *2.º*, *título III*, *lib. XLIII*, y *176*, *tít. XVII*, *lib. L* del *Digesto*), pues si así lo llegaba á hacer, el gravado y sus herederos tenían facultad para ejercitar el interdicto *quod legatorum* contra el legatario y los suyos que poseyesen la cosa legada ó hubiesen dejado de poseerla con dolo, para su restitución, y si ésta no fuera posible, al demandante se le concedería la correspondiente indemnización.

Nuestro precepto se halla en lógica correspondencia con la doctrina del 441, según el cual, en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga á ello; el que se crea con acción ó derecho para privar á otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente.

Razones de interés público, además, justifican la disposición que examinamos, la cual eleva á la categoría de máxima juri-

dica el dicho vulgar de «que nadie debe tomarse la justicia por su mano». Los Tribunales encargados de administrarla, restablecerán el imperio del Derecho y remediarán la actitud de rebeldía en que se presente para con el legatario el encargado del cumplimiento de la manda, á fin de que de uno ú otro modo tenga debido efecto la inviolable disposición testamentaria.

Las facultades de los albaceas no alcanzan por regla general al pago de toda clase de legados, pues si el testador nada hubiese determinado especialmente sobre el caso, declara el número 2.º del art. 902 que sólo podrán dichos ejecutores de la voluntad del difunto satisfacer las mandas que consistan en metálico con el conocimiento y beneplácito del heredero. Si el testador quiere conceder á sus testamentarios otros derechos mayores, puede perfectamente hacerlo, pues para ello le autoriza el art. 901, siempre que esos derechos no sean contrarios á las leyes. Entre ellos puede concederle el pago y entrega de todos ó de algunos de los legados que deja dispuestos, en cuyo caso al albacea ó albaceas, y no á ninguna otra persona, debe dirigirse el legatario en sus reclamaciones, ya particulares ó ya judiciales.

¿Podrá dirigirse á otro legatario gravado por el testador con el pago de la manda, cuando nada se dejase ordenado sobre entrega y posesión? El art. 885 no cita en ese sentido á más personas que al heredero y al albacea, si bien ya hemos comprobado que el legislador viene omitiendo, por descuido indudablemente, en preceptos anteriores, al legatario, gravado á su vez con el pago de otra manda. No vacilamos en sostener, á pesar de la referida omisión, que en dicho pago van implícitamente comprendidas la posesión y entrega de la cosa legada, aun tratándose de objetos que formen parte de la herencia. Repetimos aquí también que el art. 858, iniciador de la sección del Código en que nos encontramos, debe servir de norma fundamental para determinar el alcance de los que le siguen, sin que debamos perder de vista, cuando de legados se trate, que puede imponerlos el testador, no sólo sobre sus herederos, sino también sobre sus legatarios.

La acción, por tanto, que compete al favorecido con la manda para que se le ponga en posesión, es de naturaleza eminentemente personal, puesto que sólo puede ser dirigida contra el albacea, si á tal fin delegó en él el testador, ó contra el que

concretamente esté encargado del cumplimiento del legado, y en virtud de la obligación consignada en el testamento. Por eso los romanos llamaban á tal acción *ex-testamento*.

El jurisconsulto Pothier enseña que el heredero, al aceptar la sucesión, se obliga *ex quasi contractu* hacia los legatarios á la prestación de los legados con que ha sido gravado, de cuya obligación nace la acción *ex-testamento* que á aquéllos asiste para ser pagados. Laurent y Duranton creen, por el contrario, que dicha obligación procede de un verdadero contrato que se produce por virtud de la aceptación de la herencia.

Cualquiera que sea de estas opiniones la cierta, todas convienen en que la referida acción es eminentemente personal.

Pero además de esa acción asisten á los legatarios otras para asegurar su derecho. Ya en comentarios anteriores nos hemos referido á la hipotecaria, que pueden hacer valer por medio de la anotación preventiva de su derecho ó del inmueble legado, en el Registro de la propiedad. Tienen, además, la reivindicatoria contra el que posea indebidamente la cosa objeto de la manda; mas, para ejercitarla con eficacia victoriosa, es preciso que se dirija á una cosa especifica y determinada, porque es regla muy repetida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que para que pueda prosperar la acción reivindicatoria, precisa que el que la emplee pruebe cumplidamente, no sólo su dominio, sino también la identidad de la cosa que reclama, siendo de puro hecho la cuestión de identidad, por lo que ha de estarse á la apreciación que de ella haga la Sala sentenciadora (*Sentencias*, entre otras muchas, *de 30 de Diciembre de 1881, 14 de Junio de 1883* y *21 de Noviembre de 1885*).

Si el heredero ó legatario no aceptan la herencia ó legado gravados, creemos que las mandas deberán satisfacerse y entregarse por los albaceas, á no ser que el testador hubiera instituido á los primeros y señaládoles el referido gravamen con la condición de que *nadie más que ellos lo habrían de prestar*; en cuyo caso, claro es que el efecto cesaría con la causa que lo produjo, es decir, el legado se extinguiría por no haber quien legítimamente le entregara, y por virtud también, según lo dicho, de la intención del testador.

Si no existen albaceas, ni herederos, ni los legatarios gravados, bien porque no resulten instituidos, ó porque hayan re-

nunciado el cargo, ¿quiénes entregarán las cosas objeto de la manda? El Código portugués (art. 1.838, § 2.°) dispone para ese caso que se solicite el nombramiento de un curador á la herencia vacante y á éste se pida la entrega del legado. Por el principio cardinal hoy vigente en materia testamentaria, esos legados han de ser cumplidos en todo caso, aun anulándose lo restante del testamento y aunque dimitan su derecho los demás partícipes de la herencia, porque la voluntad del testador es forzoso ejecutarla en todo lo que quepa. Los autores del *Febrero reformado*, con referencia á la legislación civil ya derogada, opinaban que si no existían herederos instituídos, y aunque los hubiera, si no querían aceptar la herencia, podía el legatario interpelar á los legítimos ó al ejecutor testamentario para que la aceptasen, ó se nombrase curador á los bienes yacentes, con quien habrían de practicarse las diligencias relativas á la aceptación. Las *Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1861* y *15 de Marzo de 1881* declaran que, mientras la herencia está yacente, por haberse abstenido de su aceptación los llamados por la ley, se supone que subsiste la personalidad del difunto, pudiendo entonces los albaceas representar la testamentaría y defender sus derechos; siendo inscribible la enajenación hecha en diligencias ejecutivas por el Juez, de bienes de la herencia yacente en representación de la misma, porque debe de entenderse verificada por el mismo finado, según la *Resolución* de la Dirección general de los Registros *de 15 de Diciembre de 1887*.

Fundados en tales precedentes legales, estimamos que en el supuesto anteriormente establecido, á falta de albaceas y de las personas gravadas con el legado, los herederos legítimos á quienes vayan á parar los bienes de la herencia, son los que han de entregar y poner en posesión de las cosas objeto de las mandas á los beneficiados con las mismas. Y, por analogía á lo que resuelve la citada *Resolución*, si tampoco existen herederos legítimos, el Juez, supliendo á todas esas personas, será el encargado de investir al legatario, simbólica ó materialmente, de su condición de tal.

Nos confirmamos en esta opinión al ver, después de formada, en los *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil* de D. José María Manresa, tomo VI, página 118, que este distin-

guido tratadista concede á los legatarios de cosa especifica y determinada el derecho de promover el interdicto de adquirir la posesión, hallándose la herencia yacente y sin que el heredero, ó el albacea en su caso, se hayan hecho cargo de los bienes, pues que entonces nadie posee éstos á título de dueño ni de usufructuario. Si esos heredero ó albacea, en su caso, hubieren llevado á cabo tal apoderamiento, la posesión que tienen en dicho concepto es continuación de la que tenía el testador, y, por consiguiente, á título de dueño, obstando, pues, esta circunstancia al interdicto de adquirir.

La fórmula de posesión judicial regulada en el *tít. 14, libro III* de la referida *ley de Enjuiciamiento civil*, como acto propio de la jurisdicción voluntaria, no es aplicable al caso sobre que venimos discurriendo, á no ser que el legatario tenga ya inscrito entonces su derecho en el Registro de la propiedad, pues el art. 2 056 terminantemente estatuye que para que pueda decretarse la posesión judicial de una finca ó fincas, *que no se hayan adquirido por título hereditario*, el que la pretenda deberá cumplir, entre otros, el referido requisito.

En resumen, pues, si no existen los representantes del testador, á quienes nuestro art. 885 encomienda la entrega y posesión del legado, ni albaceas ó herederos legítimos, el legatario acudirá al Juez del lugar en que esté sita la cosa legada, presentándole la demanda y copia fehaciente de la disposición testamentaria del finado, y pidiendo que se le reciba sumaria información de testigos para justificar que los bienes cuya posesión se reclama no están poseídos por nadie á título de dueño ni de usufructuario; en cuya virtud, el Juez, comprobados tales extremos, dictará auto, otorgando, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, ó denegando la posesión solicitada, cuyo auto será apelable en ambos efectos. Dictado el auto en el primer sentido, se procederá á dar la posesión por Alguacil del Juzgado en cualquiera de los bienes legados, en voz y nombre de los demás (caso de que sean varios), y ante Actuario, quien hará los requerimientos necesarios, en su caso, á los inquilinos, colonos, depositarios ó administradores de los demás bienes para que reconozcan el nuevo poseedor, el cual, en el mismo acto de la posesión ó después, podrá designar las personas á quienes hayan de hacerse dichos requerimientos.

Al que haya obtenido la posesión deberá facilitársele, si lo pidiere, testimonio del auto en que se hubiere mandado dar y de las diligencias practicadas para su cumplimiento. Dada la posesión, el Juez dispondrá que el referido auto se publique por edictos, que se fijarán en los sitios acostumbrados del pueblo en que residiere el Juzgado y se insertarán en los periódicos de aquél, si los hubiere, y en el *Boletín Oficial* de la provincia. Pasados cuarenta días desde la fecha en que la inserción tuviese lugar en dicho *Boletín*, sin que nadie se haya presentado á reclamar, se amparará en la posesión al que la hubiera obtenido, y no se admitirá reclamación contra ella, quedando sólo al que se crea perjudicado la acción de propiedad, durante cuyo juicio deberá conservarse en la posesión al que la haya adquirido.

Todos los expuestos trámites que prescriben los artículos 1.633, 1.634, 1.636 y 1.637 á 1.641 de la citada ley de enjuiciar, son muy propios y oportunos, tratándose de rescatar bienes muebles ó inmuebles legados, que no haya medio de poseer y llegar á disfrutar de otra suerte, y en este sentido, le aconsejamos como el único legal.

Hallándose la herencia ó el legado gravados, aceptados por sus respectivos dueños, ó existiendo albaceas en el ejercicio del cargo, convenimos con el Sr. Manresa *(Comentarios* citados) en que el legatario que pretenda la entrega y posesión de los bienes objeto de la manda, tendrá que acudir á la autoridad judicial, entablando la acción correspondiente por la vía ordinaria, como todo el que tiene que reclamar el cumplimiento de una obligación ó la entrega y reivindicación de una cosa que le pertenece; pero no por la vía extraordinaria del interdicto, no autorizada para estos casos.

Si se trata de mandas alternativas, genéricas ó de cosa ajena, y se realiza el supuesto sobre que venimos discurriendo, como en todas ellas tiene que mediar, además del fallecimiento del testador, un acto por parte del obligado al pago de las mismas, ó sea el de elección entre las prestaciones hechas alternativamente ó entre las diversas cosas pertenecientes á un género, ó también la adquisición de esa cosa ajena, caso de que dicho testador no otorgara la facultad de elegir al legatario que solicite la posesión y entrega, no encontramos otro medio, aún imprevisto en las leyes, más que el de pretender asimismo la

autorización judicial, como supletoria de la acción individual para que sustituya á ésta en lo que la misma estaba llamada á ejecutar en primer término.

Según la legislación aragonesa, el legatario recibe el legado directamente del testador; por lo que puede de propia autoridad ocupar la cosa legada, aun cuando el heredero no hubiere adido la herencia.

ART. 886. El heredero debe dar la misma cosa legada pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación.

Los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.

Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán á cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima.

Concordancias.—Igual al art. 701 del proyecto de 1851 y al 871 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. IX, ley 38.*—Mas si el heredero dixesse que aquella cosa que ouiesse mandada a otro el testador, era agena, e la tuuiesse tan cara aquel cuya fuesse que la non pudiesse comprar si non por mucho mas de lo que valia, o si non la quisiesse vender: estonce dezimos que abonda que el heredero entregue a aquel a quien es fecha tal manda, de la estimacion della, quanto pudiesse valer comunalmente.

COMENTARIO.—Las dos declaraciones que ocupan el primero y segundo apartado del artículo transcrito tienen entre sí la suficiente analogía para constituir un solo precepto; no así la que forma el objeto del tercer párrafo, que se despega del lugar en que se la ha colocado, puesto que se refiere á materia que nada tiene que ver con la de los apartados anteriores, pu-

diendo, por tanto, perfectamente haber constituído un artículo aparte.

La afirmación del primer párrafo sienta el principio general, y la del segundo lo confirma en parte y constituye al propio tiempo una excepción de la primera, puesto que los legados que se hagan en dinero han de satisfacerse siempre con dinero, y aunque el gravado con los mismos no pudiera entregarlo, por no haberlo en la herencia.

Con relación al fideicomiso, una ley romana, la *11*, § *17*, *Dig.*, *De legatis et Fideicommissis*, dispuso: que cuando se dejase alguna cosa por fideicomiso se había de entregar la misma cosa, y no pudiendo ser esto, se había de dar su estimación: *Ex his apparet, quum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum praestandum quod relictum est, quum vero ipsum praestari non potest, aestimationem esse praestandam.*

Es decir, la voluntad del testador debe ser respetada y aplicada literalmente, á no ser que del modo como la misma se manifieste se deduzcan méritos para apreciar que la manda podría cumplirse de una ú otra manera, á juicio del que haya de responder de ella. Si el testador dijo solamente que se entregase á su sobrino Manuel el caballo de raza árabe, por ejemplo, llamado «*Lucero*», quiso, y bien claro lo dió á conocer, que á su referido pariente no se le satisfaría con el precio equivalente del caballo referido, á no ser que, apareciendo imposible de cumplir dicha primera prestación, hubiera que considerar suficiente el único remedio supletorio y realizable entonces.

De suerte que, por lo que llevamos dicho, el art. 886 se refiere más particularmente á los legados de especie; por esto el Código mejicano declara simplemente en su art. 3.612, que en el legado de especie, el heredero debe entregar la misma cosa legada. En dicha clase de mandas efectivamente está más clara y limitada la obligación del que ha de satisfacerla; quedándole sólo el recurso ante un suceso imprevisto, ante un caso de fuerza mayor, de acudir al medio que, con carácter excepcional, hizo bien en prever la primera parte de nuestro artículo. La frase *pudiendo hacerlo*, no debe arbitraria y libremente ser aprovechada por el deudor del legado.

Tratándose de manda de cosa específica, propia del testador, podrá dicho deudor satisfacerla en la misma forma orde-

nada por aquél, no ocurriendo las contingencias antes expresadas ó alguna otra análoga.

Si las cosas legadas son ajenas, ya sabemos que el art. 861 dice al heredero que estará obligado á adquirirlas para entregarlas al legatario, y, *no siéndole posible*, á dar á éste su justa estimacion. Aquí, según ya dijimos en el comentario correspondiente, cabe una mayor amplitud, que necesariamente ha de concederse al pagador de la manda, aun cuando el artículo citado no establezca para ello límites definidos; porque al dueño de la cosa puede antojársele reclamar una estimación desproporcionada por la misma, á lo que el testador no pudo querer obligar á los herederos ó legatarios gravados.

Del propio modo, el art. 863, al establecer la validez del legado hecho á un tercero, de cosa propia del heredero ó de un legatario, preceptúa que aquéllos, al aceptar la sucesión, deberán entregar la cosa legada, ó su justa estimación; cuyo último extremo habrá asimismo de subordinarse á la declaración general que nos hallamos comentando.

El art. 654 del Código austriaco expresa que si se legan cosas que, aun estando en el humano comercio, el legatario no es por sí capaz de poseer, debe abonársele el valor ordinario.

Mas también con referencia á los legados alternativos y genéricos, puede nuestro artículo tener aplicación, pues si la intención del testador resulta claramente ser la de que se entregue al legatario una cosa que no sea dinero, la facultad de elección, cuando le corresponda al gravado con el pago de la manda, podrá libremente ejercitarse dentro de las distintas prestaciones ó de los diversos objetos comprendidos en el género de referencia, pero sin poder acudir, á no ser en el caso excepcional previsto, á la entrega supletoria del precio de la cosa que habrá en primer término de traspasar al legatario.

Natural es que en las consideraciones expuestas descartemos, tanto el supuesto de que deudor y acreedor de la manda se convengan en entregar y recibir una determinada cantidad en dinero para saldar la obligación entre ellos pendiente, como el de que el testador dejare dispuesto otra cosa distinta de lo que prescribe el primer apartado de nuestro art. 886. Siendo procedente dar al legatario la estimación de la cosa legada,

aquélla sería la justa en que convinieran las dos personas obligadas, si pericialmente no quisiesen establecerla. No pasando tampoco por ésta, los Tribunales, en último término, por los trámites debidos, acordarán la que debe concederse al legatario.

Según lo que repetidamente hemos advertido en otros lugares, juzgamos que allí donde al comienzo del art. 886 se dice «*el heredero*», debe querer decirse «*el obligado con el pago de la manda*», puesto que sería injusto atribuir á un heredero, ajeno á dicho gravamen, la obligación que corresponde solventar al que por el testamento fué clara y especialmente designado para tal objeto.

Los legados en dinero son, liquidada la cantidad á que ascienden, verdaderos legados de cosa específica, porque el dinero no admite, así designado, equivalencia en otra cosa de su género. Ahora, si los bienes hereditarios, aunque no sean dinero, lo representan, con el fin de que el testador pueda descargar al legatario de toda obligación, el párrafo 2.° de nuestro artículo ordena que de todas suertes se entregue al último el valor de la merced que se le otorga en la misma forma que expresa el testamento, á no ser que otra cosa se desprendiera de las cláusulas testamentarias.

Para dicho caso se ha escrito el art. 903, según el cual, si no hubiese en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aprontasen de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los muebles, y no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos. Interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación ó establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para casos tales.

Si se trata de un legado de títulos de la Deuda, de acciones del Banco ó de otra clase de cédulas representativas de crédito de sociedad, sujetas á cotización, es lógico suponer que el importe de la manda estará constituido por el tipo que dicha cotización señale á tales valores el día en que el legatario empezó á tener derecho al legado, disfrutando, además, por añadidura, los intereses producidos hasta el día de la entrega.

Las dos primeras partes de nuestro art. 886 coinciden virtualmente con la prescripción del 1.166, según el cual, el deu-

dor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aunque fuese de igual ó mayor valor que la debida.

***

La tercera parte del artículo que comentamos comprende un principio que debemos examinar cuidadosamente. Se habrá podido observar en el curso de los presentes estudios sobre legados, que varias veces hemos aplicado á éstos reglas entresacadas del *tít. I, libro IV* del Código, dedicado á consignar las bases generales sobre obligaciones; reglas que á veces también coincidian casi por completo con las especiales relativas á mandas. Ejemplo todavía próximo de lo que decimos, lo tenemos en el anterior párrafo de este mismo comentario.

Pues bien: el art. 1.168 estatuye que los gastos extrajudiciales que ocasione el pago de las obligaciones serán de cuenta del deudor. Este precepto, ¿puede considerársele equivalente en el fondo al que comprende el tercer apartado del art. 886, según el cual, los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán á cargo de la herencia?

Conceptuamos de transcendencia esta cuestion. Si juzgamos concordantes dichos dos preceptos, el párrafo que comentamos debe ser tachado de deficiente, por aludir sólo al caso en que sea el heredero el único gravado con el pago de la manda de que se trata, pareciendo natural que si lo fuese un legatario procede cargar al mismo los gastos de entrega, por resultar siendo el deudor de dicha manda. Si, por el contrario, al mencionado párrafo hay que darle la inteligencia que corresponde á sus términos, sencillos y explícitos, el citado artículo 1.168 constituye prescripción general extraña á la materia legataria.

Coin-Delisle, en la obra citada en anteriores comentarios, asegura, con referencia al Código francés (el cual en su artículo 1.016, entre otras cosas, dispone que los gastos de la demanda de entrega del legado son carga de la sucesión), que tal es la aplicación del principio que consigna los gastos á cargo de todo deudor; siendo, por tanto, aquí la herencia la deudora. Laurent impugna este razonamiento y afirma, en síntesis, que la entrega representa un concurso de voluntades, por virtud

del cual, el legado es aceptado y aprobado; se hace, pues, en interés común; por lo que la sucesión es la que soporta los gastos.

Nosotros, con vista de los fundamentos que los dos autorizados tratadistas exponen al defender su respectivo y opuesto criterio y del espíritu que parece inspirar al párrafo que comentamos, somos de parecer que éste debe interpretarse según el tenor literal de sus palabras. No creemos, pues, que se haya dictado sólo para el caso en que el legado grave á un heredero. La frase «*á cargo de la herencia*» parece que debe inclinar á todo observador dudoso, en el expuesto sentido, y mucho más la que le sigue «*sin perjuicio de la legítima*». Como dice el legislador uruguayo (Código civil, art. 901, § 3.°), los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada se miran como una parte del mismo legado.

Un criterio de más estricta justicia, tratándose de que un legatario fuera el gravado por el testador con un segundo legado, parece que debería imponer á aquél asimismo los gastos de la entrega. Pero el autor de nuestro Código, por lo que comprendemos, quiso que ese extremo corriese á cargo de la herencia, en la acepción estricta de esta palabra, como gastos y gravámenes comunes de aquélla. Si el legislador tratara de significar otra cosa, se referiría solamente al heredero, y entonces nosotros advertiríamos la deficiencia por lo que hace relación al legatario que también puede ser gravado con mandas. Pero el hecho de hablarse de la herencia no autoriza, sin gran esfuerzo, para imponer á dicho legatario otro gravamen, que realmente no está ni taxativa ni virtualmente admitido por el Código.

Lo que, sin embargo, convendría es que éste, en su primera reforma, declarase, en términos más comprensivos, que la obligación impuesta á la herencia de satisfacer los gastos de entrega de legados es aplicable asimismo á los que hayan de satisfacerse por el legatario. Y damos este consejo, por si acaso un espíritu oposicionista encontrase manera de traer á colación el precepto del art. 1.168, ya recordado, para suplir esa que creyera omisión del tercer párrafo del 886; lo cual, aunque ser criterio que tenemos por erróneo, no por eso podríamos juzgarlo disparatado.

El último inciso de nuestro artículo «*sin perjuicio de la legítima*» es consecuencia de lo que dispone el segundo párrafo del artículo 813: el testador no podrá imponer sobre la porción legítima gravamen ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.

Los otros gastos posteriores á la entrega del legado, claro es que corresponderán á quien perciba éste. Inútil es advertirlo, como hacen algunos Códigos extranjeros. Las contribuciones que se hallen impuestas ó se impongan sobre la cosa legada serán también de cargo del mismo beneficiado; y si el que pagó la manda las satisfizo anteriormente, á él le serán debidas, como expensas hechas por un poseedor de buena fe.

Por último, cúmplenos advertir que los gastos de entrega de la manda pueden ser judiciales y extrajudiciales. Los primeros se impondrán al que la oportuna sentencia declare.

De los autos resultará la procedencia de cargarlos á cuenta del demandante ó demandado, deudor y acreedor del legado, según la buena ó mala fe con que hayan procedido en el pleito. La segunda parte del art. 1.166 dispone que, respecto de los gastos judiciales, decidirá el Tribunal con arreglo á la *ley de Enjuiciamiento civil;* y, aunque tal precepto no lo advirtiera así, ó no se creyera aplicable, está, en todo caso, la doctrina vigente sobre imposición de costas.

ART. 887. Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente:

1.° Los legados remuneratorios.

2.° Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario.

3.° Los legados que el testador haya declarado preferentes.

4.° Los de alimentos.

5.° Los de educación.

6.° Los demás á prorrata.

Concordancias.—Semejante al art. 702 del proyecto de 1851 y análogo al 872 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.— *Part. 6.ª, tit. XI, ley 2.ª*— La manera en que los herederos deue baxar de las mandas por la su parte legitima a que llaman en latin falcidia es esta. Que primeramente deuen pagar todas las debdas, que deue el difunto, tambien las que deue a aquel que establescio por su heredero, como a otros qualesquier, a quien las deuiesse. Fueras ende si el testador dixesse señaladamente en su testamento, que el debdo que deuia a aquel que establescio por su heredero, que non queria que se sacasse de las mandas, nin se entregasse del. Otrosi deue en ante todas las despensas que fuesen fechas por razon de la muerte del defunto, e aun deue sacar en ante, las despensas que fizieren en los escritos del testamento, o en los memoriales de los bienes del defunto. Otrosi deuen ante sacar los dineros que el testador mandasse para comprar los sieruos que mandasse franquear. Pero en esto hay departimiento...

Ley 4.ª de los mismos título y Partida.—Sacar pueden los herederos de las mandas, la su quarta parte legitima, a que llaman en latin falcidia, assi como de suso mostramos. Empero mandas y a de tal natura, de que la non podria sacar e son estas: assi como de las cosas que dexa el fazedor del testamento a eglesia o a otro lugar religioso, o a hospital, o a pobres o para quitar los captiuos, o en alguna otra manera que fuesse obra de piedad. Ca de tales mandas como estas, nin de las otras semejantes dellas, non deue el heredero retener ninguna cosa para si, por razon de falcidia, ante deuen ser dadas cumplidamente, assi como el testador las mando. Fueras ende...

Ley 6.ª de los mismos título y Partida.—... Otrosi dezimos que si el testador fiziesse manda a alguno de castillo o de otra heredad cierta, en tal manera, que la non pudiessen vender, nin enajenar, mas que siempre fincasse a el e a sus herederos: que de la manda que desta guisa fuesse fecha, non puede el heredero sacar falcidia.

COMENTARIO.—Establece el art. 887 un orden de prelación para el pago de legados, una serie ordenada de llamamientos para la sucesión á título singular.

Dicho orden sucesorio ó de prelación es, según la letra del artículo, defectivo, en cuanto rige é impera «*si* los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir los legados», esto es, en el caso de que el haber hereditario no sea suficiente para el pago de las mandas concedidas por el testador. La conjunción *si* domina gramaticalmente en el precepto y lo convierte virtualmente en condicional.

Este carácter del precepto se impone por la exigencia de un elemento económico: la inexistencia de bienes (capital) suficientes para satisfacer las disposiciones de última voluntad á título singular; porque entonces se entabla lucha por la vida entre unos y otros legados, en la que han de vencer los de más fuerza jurídica, es decir, aquellos que el legislador declara preferentes con relación á un presunto igual criterio del testador. Cuando existen en la herencia bienes bastantes para nutrir las mandas, reina paz octaviana entre ellas, puesto que todas obtienen la deseada efectividad.

El artículo se basa en el supuesto de que el caudal hereditario no alcance á satisfacer todos los legados; aparece, repetimos, condicionado por él. No es necesario para ello que sea un *hecho;* basta con que pueda serlo. Así, regirá su precepto, lo mismo constando real y positivamente la inferioridad capitalista del haber de la herencia respecto á la suma de los legados, cómo en el caso de que, por pender alguna reclamación judicial ó extrajudicial en pro ó en contra de la masa hereditaria, no se conozca con certeza el importe de ésta, y dependa de tal contingencia el que sea ó no suficiente para el cumplimiento de las disposiciones testamentarias á título singular. Dejándose sólo entrever la posibilidad, apreciada con datos racionales, de que alcance ó sobrevenga la circunstancia determinada en el artículo 887, es necesario someterse al orden previsoramente establecido en él por el legislador, con renuncia implícita á la libertad de acción (derivada á *contrario sensu* del texto del artículo), de que gozan los encargados de satisfacer las mandas en el caso de no presentarse la depresión económico-hereditaria á que concierne el artículo.

Esto, dando por firme que los albaceas ó herederos procedan de buena fe, cualidad presumible siempre en los actos humanos, salvo prueba en contrario, pues de demostrarse la mala fe

en el pago de legados, podría el favorecido con uno preferente exigir su cumplimiento con arreglo al orden establecido en la disposición comentada.

***

Habla el artículo de los «*bienes de la herencia*», debiéndose entender tal locución en sentido restricto, esto es, lo que queda del caudal del difunto después de abonadas las deudas. Por eso es aplicable su regla, cualesquiera que sean la extensión y límites de la herencia, sea total por no existir herederos forzosos, sea parcial por reservarse á éstos una parte de aquélla, ya se distribuya toda en legados ó sólo una porción de la misma. Donde quiera que exista una fracción hereditaria, libre para ser distribuida en legados, reina lo dispuesto en el art. 887, porque en todos los casos se ofrece la identidad de razón, ó sea la preferencia de unos legados sobre otros en subordinación interpretativa á la voluntad del causante.

Por esto mismo es indiferente que la herencia se acepte ó no á beneficio de inventario; en uno y en otro caso permanece incólume el principio de la prelación afirmado por el artículo, y lo variable es la extensión de la responsabilidad, limitada en el caso del beneficio, ilimitada en el contrario. Lo que sucederá es que, aceptada con tal beneficio, la herencia se compondrá sólo de los bienes del causante, en tanto que, aceptada pura y simplemente, la constituirán, á los efectos de la responsabilidad del causahabiente, estos bienes más los propios del heredero, fundidos unos y otros en una masa. En el primer caso (aceptación á beneficio de inventario), los legatarios cobrarán hasta donde alcancen los bienes del causante, por el orden marcado en el artículo, si dichos bienes no bastan á cubrirlos todos; en el segundo (aceptación sin beneficio), tendrán igual derecho los legatarios contra el acervo común formado por los bienes propios del heredero más los de su causante. La diferencia atañe sólo á la extensión de la responsabilidad, á sus efectos económicos; el principio subsiste en todos los casos. Allí donde se encuentre una herencia, volvemos á decir, de la que hayan de detraerse legados, se levanta en su caso el art. 887 para mantener el imperio de su doctrina.

Para desechar la idea de un olvido por nuestra parte, no

porque sea necesario, diremos que las consideraciones expuestas, si bien por la letra del precepto parecen aplicables sólo al caso de que los legados graven la herencia, lo son, en nuestro entender, también al de un legatario gravado á su vez con varios legados. Naciendo en tal supuesto entre todos una concurrencia para su mejor ó preferente pago, impónese la aplicación del criterio informante del artículo, por su carácter general ó pertinente á los varios casos de análogo contenido jurídico.

***

Hemos dicho que vive el precepto donde quiera que haya herencia. Siempre que para una suma determinada de bienes hereditarios concurra otra suma mayor de legados, impera la doctrina del art. 887, sea que el testador distribuya todo su caudal en mandas, sea que lo verifique sólo de una parte, incluso en el caso de herederos forzosos.

Respecto á este último, interesa el estudio de una cuestión iniciada en el comentario del *art. 820 (tomo XIV, pág. 404)*, cuya solución hubimos de aplazar para el presente. Dispone dicho artículo que cuando sea necesario reducir las mandas para el efecto de respetar la legítima, la reducción se hará *á prorrata sin distinción alguna*. Hicimos notar que frente al criterio nivelador é igualitario del mencionado art. 820, establecía un orden jerárquico de prelación entre los legados, el 887, y preguntamos si esto implicaba contradicción.

En cumplimiento de nuestro compromiso, resolveremos ahora la cuestión, emitiendo juicio opuesto á la idea de ser contradictoria la doctina de ambos artículos. Cada uno de éstos se halla establecido para caso distinto, diversidad que se percibe fácilmente.

El art. 887 supone la *mera concurrencia de legados:* como luchan únicamente éstos entre sí, el legislador establece un orden de prelación con arreglo á los principios que ha estimado justo adoptar. En el 820 se trata de dejar á salvo la legítima ante la disputa por la porción libre entre *donaciones* y *legados*, y para respetar las primeras por las que la ley muestra preferencia, hay que extinguir los segundos. Preferente la *especie donación*, por su cualidad de irrevocable, su carácter contrac-

tual y hasta por su prioridad en el tiempo, para mantener su vida, hay que extinguir su contraria, la *especie legados*. Dentro de una misma especie (art. 887) cabe marcar un orden de extinción: dadas dos especies rivales, la una ha de sucumbir parcial ó totalmente (art. 820). Por eso, este artículo impone la reducción y aun la anulación de los legados sin establecer distinción alguna dentro de la primera; porque, repetimos, la ley atiende ante todo á respetar las donaciones, sacrificando, si así fuere necesario, á los legados. El art. 820 rige, pues, en el caso de concurrir mandas y donaciones *inter vivos* á la parte libre de una herencia, cuya parte restante (herencia necesaria) corresponde á herederos forzosos. Supone, pues, dos requisitos: que haya herederos forzosos; que existan donaciones concurrentes con legados. Cuando se trate de herencia libre, aun cuando haya donaciones, ó cuando, aun viniendo á la sucesión herederos forzosos, el testador deje solamente instituídos legados, es pertinente la doctrina del art. 887.

***

Incluímos en los *Precedentes legales* determinadas leyes de *Partida* relativas á la llamada *Cuarta Falcidia* para indicar mejor que nada el camino recorrido por la legislación civil sobre la materia que en este comentario exponemos, desde que el Derecho romano creyó proporcionar un aliciente al heredero que viese en perspectiva menguadas sus esperanzas de lucro ó que en la realidad se encontrase positivamente desposeído de un título, puramente imaginario entonces, á fin de no desanimarle en la empresa de recoger una representación hereditaria, cuyo abandono era en su época muy mal mirado.

La ley *Falcidia* (plebiscito publicado en el año 714 de la fundación de Roma), según Justiniano, puso las últimas restricciones á la facultad de legar, pues antiguamente, con arreglo á la ley de las *Doce Tablas*, tal facultad era tan ilimitada que el testador podía agotar en legados todo su patrimonio. En efecto, entre sus leyes había una que decía: «obsérvese lo que disponga el testador acerca de sus bienes.» Pareció por tanto conveniente limitar esta facultad, lo cual se hizo en beneficio de los mismos testadores, porque muchos morían intestados por efecto de rehusar los herederos una herencia de que no esperaban ningún

lucro ó muy poco. Con este motivo se publicaron las leyes *Furia* y *Voconia*, de las que ninguna llenó cumplidamente su objeto; últimamente se dió la ley *Falcidia*, por la que se previno que el testador no podía legar más que las tres cuartas partes de sus bienes, esto es, que, bien fuese uno ó muchos los herederos instituídos, siempre quedara en su poder la cuarta parte de la herencia. Esto es lo que nos enseña el Emperador romano en el proemio del *tít. XXII, lib. II* de sus *Instituciones*.

Compárese, en su virtud, qué distinto concepto se tenía entonces y cuál se tiene ahora y ya desde la publicación del *Ordenamiento de Alcalá*, de la misión del heredero al tratar de cumplir últimas voluntades. Entonces todos eran estímulos y facilidades para que se efectuase la adición de las herencias. La moderna ciencia jurídica, con mayor acierto, ha optado por regular como actos completamente libres los de aceptación y renuncia de las herencias, de cualquiera clase de partícipes testamentarios de que se trate; siendo la conveniencia del heredero y motivos de afecto é interés que sienta por el buen nombre de su causante los suficientes para confiar que las obligaciones testamentarias tengan cumplida ejecución. Esto cuando no sean el albacea ú otra tercera persona, designada por el testador, los encargados de esa misión.

El mismo Código de las *Partidas*, al regular, en términos casi idénticos á los del Derecho romano, la deducción de la *Cuarta Falcidia* en las herencias, no permite sacar aquélla de determinadas clases de legados, alguna de las cuales menciona nuestro art. 887, como los de cosa cierta y determinada. Exceptiona asimismo los píos y los que dejase el militar. Por esto debe convenirse en que dicho precepto no carece en absoluto de precedentes legales en el antiguo Derecho civil.

Los *proyectos de 1851 y de 1882* difieren al establecer la escala gradual de preferencia en el pago de legados. Los remuneratorios los coloca el segundo de dichos proyectos en tercer lugar. Mas el de 1851, al someter á reducción proporcional todas las mandas que no sean de cosa específica y determinada, advierte que las hechas en recompensas de servicios no estarán sujetas á ese descuento y se pagarán con preferencia.

Dice con adecuada expresión Goyena, al justificar esa doctrina, que en tal caso, hay por parte del testador una especie

de deuda, al menos moral: la deuda de la gratitud, y debe de presumirse que quiso preferirla en el pago á los legados de pura y absoluta liberalidad.

* * *

Con razón la ingratitud merece á la conciencia social enérgica condenación y al mismo Código civil reparo tan elocuente, según se desprende del núm. 1.º de nuestro art. 887, que ella por sí sola da origen á la revocación de donaciones, si el que la comete incurre para con su favorecedor y donante en alguno de los tres motivos que enumera el art. 648. Justo es, pues, que el legislador sea lógico en sus instituciones y otorgue su preferencia, primero, para aquellas mandas que remuneren, que paguen, que devuelvan favores y beneficios en vida, recibidos por el testador.

Todos los Códigos extranjeros que repasamos, y que establecen un orden de prelación, á excepción del austriaco, colocan en él, antes ó después, á los legados remuneratorios. El artículo 1.795 del Código portugués, después de ordenar que los legados se paguen á prorrata, cuando no haya bienes en la herencia con que cubrirlos íntegramente, exceptúa los remuneratorios considerándolos como deudas de la herencia.

Podrá á veces dudarse si es procedente la calificación referida de *«remuneratorio»*, porque no aparezcan del testamento bien claros los motivos que justifiquen el legado ó los legados en cuestión. Reglas precisas, en realidad, no pueden fijarse. Un prudente criterio puesto al servicio de la interpretación más racional de las cláusulas testamentarias, y que no pierda de vista al propio tiempo las relaciones que en vida mediaban entre donante y donatario, indicará, antes de que aparezca en último término preciso y solicitado el criterio judicial, la norma y solución más acertada en cada caso.

A continuación de las mandas remuneratorias coloca nuestro artículo 887 las que consisten en cosa cierta y determinada que forme parte del caudal hereditario. Con respecto á éstas, tenemos que separar nuestra opinión de la que, como muy válida y corriente, sostienen tratadistas y comentaristas de nota. Afirma al efecto Laurent que los legatarios de cuerpos ciertos

no son acreedores de la herencia, son propietarios, ejercen un derecho real, como todo propietario que reivindica una cosa contra aquélla; por lo cual, tal clase de mandas, según su misma naturaleza, están exceptuadas de la ley común, sin que sea preciso que se establezca en favor de ellas una preferencia, que resultaría innecesaria, porque es sabido que la teoría de la reducción de legados se aplica exclusivamente á los que consistan en una suma de dinero ó en cosas indeterminadas. Esta ó muy parecida argumentación emplean otros autores y aun comentaristas españoles. Y si fuera cierta, ó por lo menos admisible dentro del Código civil español, á nuestro modo de ver quedaría destruído, sobre todo en sus primeros términos, el orden gradual que establece la disposición legal que estudiamos.

En efecto: si por ser el legatario de cosa cierta y determinada propietario de la misma desde que la sucesión se abre, no mediando condición alguna que lo estorbe, nadie puede disputarle ese dominio, tal especie de legados sería siempre la preferente para el pago, y los remuneratorios quedarían relegados á segundo término.

Ésta no puede ser en modo alguno la inteligencia exacta del precepto objeto de nuestro examen. El legatario de cosa específica que forme parte del caudal hereditario, en tanto, entendemos, es dueño de la misma y puede eficazmente y con pleno derecho reivindicarla de entre las de la herencia, en cuanto no esté afecta á otras obligaciones de más preferente atención. El testador no se burlará quizá de los deudos y parientes que le sobrevivan; pero pueden resultar fallidos sus cálculos; los bienes ó fortuna que en un principio incluyó en el activo de su testamento, pueden haber desaparecido ó menguado en su valor hasta el momento de su muerte. Y entonces es cuando hay que contrastar todas las combinaciones testamentarias y los proyectos exactos y bien apreciados del testador al tiempo de hacerlos, con las imposiciones dolorosas pero irrebatibles de la realidad. Para ese caso principalmente se ha dictado el art. 887; porque, de lo contrario, habríamos de formarnos la inverosímil suposición de que todos los testadores, en el instante solemne de legislar lo que con sus bienes quieren que se haga para después de la muerte, se rían de los supuestos favorecidos ó tengan el prurito, á la postre inocente é inútil,

de querer figurar con más medios de fortuna de los que realmente estaban en su dominio y disposición.

Antes que el pago de los legados remuneratorios se impone la necesidad de satisfacer las deudas del difunto: *Haereditas non inteliguntur nisi deducto aere alieno*, y ya dijimos que éstas son sagradas y atendibles en primer término, puesto que sólo se llama haber hereditario el que quede descontadas aquéllas, como otras deudas testamentarias. Y al justo pago de unas y otras, no sería en ningún caso obstáculo la existencia de mandas de cosa cierta y determinada, aunque sean de las que componen el referido haber.

De suerte que si de un testamento resultasen mandas en recompensa de servicios y mandas de cosa específica, y, después de cubiertas las preferentes atenciones de la sucesión, no pudieran satisfacerse las primeras más que con la expresada cosa, ésta sería la destinada á ello, ya entregándola, si con la misma se conformaba el legatario, ó ya bonificando á éste con el precio ó parte de él que produjera la venta de dicha cosa.

Y repetimos que nos parece digna de aplauso la teoría que desenvuelve el art. 887, porque el hecho de legarse cosa determinada no implica que el testador haya mostrado más afección al legatario respectivo que á aquel, por ejemplo, á quien legó una cantidad de dinero en agradecimiento de lo bien que le cuidó en su última enfermedad. Lo primero bien puede ser una circunstancia fortuita ú obedecer á otros motivos ó significación muy distintos.

La solución contraria á la que exponemos, tendría mejor defensa dentro del art. 702 del *proyecto español de 1851*, y en los Códigos extranjeros que convienen con éste sobre el particular, porque aquél ya dispuso que si los bienes de la herencia no alcanzaban para cubrir todos los legados, serían preferidos los de cosa específica y determinada, y el resto del caudal se repartiría á prorrata entre los legatarios de cantidad de dinero, sin que entrasen nunca en el descuento los legados hechos en recompensa de servicios, ni aquellos en que el testador así lo hubiese declarado expresamente.

Con arreglo á ese precepto, quedan justificadas las siguientes palabras de Goyena: «En el legado de cosa específica, el dominio pasa al legatario, así que muera el testador, y nada tiene

que ver aquél con los otros legatarios y bienes de la herencia; aunque éstos sean cuantiosos, si la cosa específica perece, se extingue el legado; justo es, pues, que lo conserve, aunque sean pocos.» Todas las expuestas consideraciones servirán hoy para explicar en cierto sentido por qué el legislador concede á dichas mandas el segundo lugar del art. 887.

Á los dueños de las mismas les deberá importar poco los intereses de los demás legatarios, ó sea de los designados en tercero al sexto término de la escala gradual.

Téngase en cuenta que en esa preferencia no se incluyen los legados de cosa específica que no forme parte de la herencia. Con el empleo de este aditamento ó salvedad, creemos que el autor del Código alude á los legados de cosa ajena, que son las únicas que realmente, y mientras no se adquieren por el gravado con ellos, están fuera del caudal dejado por el testador. Ni aun pueden comprenderse en esa aclaración las mandas de cosa genérica existentes en dicho caudal.

La colocación de los términos que comprende el art. 887 no obedece, en nuestro concepto, á otra causa que á la presunta voluntad del testador, que trató de descifrar el legislador en la forma que creyó más aproximada á las leyes de la lógica y de la verosimilitud. Es decir: juzgó que si el testador hubiese dispuesto en vida sobre esos extremos, también habría resuelto que primero se pagasen los legados remuneratorios y los de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario. Mas cuando esto no ocurra, á falta de declaración expresa del testador se impone la aplicación del expresado artículo, especie *sui generis* de sucesión singular legítima, antinomia viviente de la libertad de disposición dentro del orden testamentario.

Decimos esto por vía de preparación ó ingreso al principal problema que se deriva de la combinación de la letra del artículo 887 y principalmente de su párrafo tercero, con el principio general de que el testador es árbitro absoluto de disponer de sus bienes en favor de quien quiera, siempre que respete las porciones legítimas.

¿Quiere decir el art. 887 que en todo caso, aun contra la voluntad expresamente manifestada del testador, se ha de seguir el orden de prelación, que coloca en primer término á los legados remuneratorios, ó es posible posponer dichos legados á

uno de alimentos, v. gr., si el otorgante así lo dispuso previendo desde luego el caso de que al tiempo de su fallecimiento no hubiere en la herencia bienes suficientes para cubrir todos los legados instituídos en su disposición testamentaria? ¿Es que el artículo 763, en cuanto preceptúa que el que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos, y los artículos 808, § 3.°, y 809, en cuanto, salvando las cuotas legítimas, dejan el resto del patrimonio á la libre disponibilidad del otorgante, se han de subordinar á la excepción que al parecer se contiene en el art. 887? ¿Ó es que dicho artículo sólo rige en defecto de la voluntad del testador cuando éste no hubiere determinado un orden de preferencia en el pago de los legados?

Ante la evidencia de un texto positivo no cabe discutir, siquiera palpite el error y la contradicción en el fondo del precepto. ¿Cómo admitir que el art. 887 sólo es aplicable en defecto de la voluntad del instituyente, si esa misma voluntad aparece coartada por el artículo discutido, anteponiendo á su expresión libre en favor de la preferencia de algunas mandas, el privilegio de los legados remuneratorios y de cosa cierta é individualizada? Hay que partir de la siguiente presunción: El legislador ha querido que en todos los casos en que los bienes de la herencia no alcancen para pagar íntegramente los legados instituídos se abra una especie de concurso *mortis causa*, en donde los créditos conserven el orden de prelación determinado por su categoría jurídica en contemplación á la supuesta mente del testador. Y como la ley presume que en el ánimo de éste habría de hacer más peso la equidad retributiva de un legado remuneratorio que la simple liberalidad de un legado de cantidad, y como asimismo supone que el legado de cosa específica y determinada que forme parte del caudal hereditario acusa una detracción del patrimonio, realizada por el mismo testador, por esto en la escala gradual de las liberalidades formada por el art. 887, coloca en primer término la donación remunerativa y en segundo lugar aquella otra donación que para ser *inter-vivos* y por tanto preferente á todas las *mortis causa*, sólo le faltó la tradición de la cosa, sustituída por una condición suspensiva: el hecho de la muerte del instituyente.

Levantar bandera contra el texto de la ley es incurrir en rebeldía, y ciertamente en ningún caso más justificada, porque, aparte la letra y espíritu de los artículos 763, 808 y 809, si el artículo 887 se guía por la presunta intención del testador, ¿cómo no relegar la conjetura cuando existe la voluntad libremente manifestada? ¿Cómo anteponer el legado remuneratorio, si el otorgante y dispensador de todas las liberalidades testamentarias quiere que se posponga, y así lo expresa? ¿Qué tercio ó mitad ó todo de libre disposición es ese que empieza por sujetar con grillos los movimientos del albedrío? Realmente, dentro de las reglas lógicas es incomprensible que el art. 887 coloque en tercer lugar los legados que el testador haya declarado preferentes. Aquí no es el testador el que testa, es el legislador quien, usurpando atribuciones que no le competen, encaja con mazo una cuña legitimaria en madera de libre disposición.

¿Cómo compaginar la inconcordancia del art. 763 y del que comentamos? Por medio de un convencionalismo. Demos por cierto, puesto que el conocimiento de las leyes se supone á todo ciudadano español, que todos las saben y, por tanto, no ignoran lo dispuesto en el art. 887. Ahora bien: si previa esta hipótesis, un testador declara preferentes algunas mandas que no son ni remuneratorias ni de cosa cierta y determinada, débese entender que esa preferencia la quiso aplicar únicamente á los legados que no fuesen ni de cosa cierta ni remunerativos. ¿Es esto demasiado convencional? Pues cúlpese á los que no supieron escribir la ley; porque mientras el derecho del que testa en bienes libres sea también convencional, ó destaca la contradicción ó hay que cubrirlo con el socorrido manto de las ficciones.

El proyecto de Código de 1882, en su art. 872, para evitar la incongruencia, colocó en el primer lugar de la escala gradual las mandas que el testador hubiese declarado preferentes, á las cuales siguen, por este orden, las de alimentos ó educación, las remuneratorias, las de cosa cierta y determinada que forme parte del caudal hereditario, y las demás, que se repartirán á prorrata.

Por las razones alegadas y por el carácter de excepción que tiene el principio contenido en el núm. 3.º del artículo que examinamos, entendemos que esa declaración del testador ha

de ser expresa, aunque no hecha en términos sacramentales, sin que baste la tácita. Multitud de resoluciones de la jurisprudencia francesa recogidas por el jurisconsulto Dalloz en su *Repertorio metódico y alfabético de legislación,* establecen esa misma conclusión.

Ya en el momento oportuno expresamos la distinción entre los legados de alimentos y educación, y la razón de ser más apremiantes y preferentes las atenciones que satisfacen los primeros, que las que tratan de cubrir los segundos. Esa misma consideración se ha tenido presente, sin duda alguna, por el legislador en el presente lugar del Código, para haber asignado categoría inferior á las mandas de educación respecto de las de alimentos, tomada esta última palabra en sentido estricto.

Por último, satisfechos todos los legados que enumera el artículo objeto de este comentario, en sus números 1.° al 5.°, ó no existiendo en el testamento ninguno de ellos, los demás se satisfarán á prorrata; es decir, sin preferencia alguna entre los mismos. Así, pues, los legatarios á quienes corresponda, percibirán todos algo de sus respectivas participaciones; lo cual no ocurre con las mandas privilegiadas, algunos de cuyos dueños pueden llegar á no cobrar nada, si otros anteriores en la preferencia han agotado la cuantía hereditaria de bienes, destinada al pago de legados.

Mas ¿cómo debe de entenderse ese reparto, esa distribución á prorrata? La acepción gramatical de este término parece que se opone á lo de reparto por iguales partes; envuelve la idea de proporcionalidad. Equivale al «*au marc le franc*» del art. 926 del Código francés, que el jurisconsulto Rogron traduce por «*proporcionalmente al valor de los legados*».

Y esta es también la interpretación más conforme con la voluntad de los testadores, los cuales indudablemente diferencian la estimación é interés que les merecen los legatarios por la mayor ó menor importancia de la donación que les hacen. Así, la prorrata se establecerá fijando una relación del tanto por ciento ó fracción quebrada que represente la cuota de cada legatario, la cual será pagada con igual tanto por ciento ó fracción quebrada del haber hereditario disponible al efecto.

Si uno ó más de los legados repartibles en esa forma no llegan á ser admitidos por los legatarios, ó éstos tienen incapaci-

dad para recibirlos, no procediendo tampoco aplicar la sustitución ó el derecho de acrecer, por lo mismo que deben entrar en la masa de la herencia, aumentarán también en la proporción indicada las participaciones que deben de concederse y entregarse.

Ya veremos, al tratar del art. 891, que igual prorrateo ha de establecerse entre los legatarios de las deudas y gravámenes de la herencia, á no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.

ART. 888. Cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer.

Concordancias.—Igual al art. 705 del proyecto de 1851 y al 873 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 6.ª, tít. IX, ley 33.*—...E si por auentura alguno dellos muriere en ante que el testador o biuiendo renunciasse su parte o acaesciesse otra razon alguna porque non la ouiesse aquel a quien fuera mandada: estonce acrescerse y a aquella parte a todos los otros, a quien fuesse mandado como sobredicho es.

ART. 889. El legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuere onerosa.

Si muriese antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado.

Concordancias.—Semejante al art. 706 del proyecto de 1851 y al 874 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 6.ª, tit. IX, ley 36.*—En escogencia es de aquel a quien es fecha la manda, de la tomar toda, o de la dexar si quisiere: e non podria tomar parte della, e dexar la otra, maguer quisiesse. E esto ha lugar, quando alguna cosa es mandada señaladamente a vno, o muchas que se comprehenden so vn nome. E esto seria como si dixesse el testador, que mandaua vna cabaña de ouejas con todas las cosas que les pertenescen. Ca como quier que en muchas cosas, con todo esso por vna manda es contada, e por ende conuiene que todas las tome, o todas las dexe. Mas si aquel que aya de auer la manda de vna cosa muriesse, e dexasse muchos herederos, estonce bien podria cada vno dellos tomar su parte, maguer el otro, o los otros, non quisiessen recebir la suya, quier fuesse la manda de vna cosa, o de muchas...

ART. 890. El legatario de dos legados, de los que uno fuere oneroso, no podrá renunciar éste y aceptar el otro. Si los dos son onerosos ó gratuítos, es libre para aceptarlos todos ó repudiar el que quiera.

El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, ó renunciar éste y aceptar aquélla.

Concordancias.—Análogo al primer párrafo del art. 707 del proyecto de 1851 é igual al 825 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. IX, ley 36.*—.....E si la manda fuesse de muchas cosas señaladas, e la fiziesse a vno bien podria estonce tomar dellas, la que quisiesse e dexar las otras: fueras ende quando el testador mandasse a alguno dos cosas: la vna con agrauamiento, e la otra sin él. Ca si aquel a quien tales mandas son fechas, quisiesse tomar aquella cosa de que se puede aprouechar luego, e dexar la otra, non lo podria fazer, ante dezimos que las deue amas tomar, o dexar. E esto seria como si dixesse que le mandaua cincuenta marauedis e vn sieruo rogandole que lo aforrasse, ca si este atal quisiesse tomar los marauedis e non quisiesse aforrar el

sieruo, estonce non deue auer la vna manda nin la otra, como quier que el sieruo por derecho, en tal caso como este, es luego libre, tambien como si el otro lo ouiesse aforrado.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 888, 889 Y 890.—Agrupamos en un solo comentario los anteriores tres artículos, porque en ellos se trata de la importante materia de aceptación y renuncia de legados, hallándose, pues, unidos por indudable relación de armonía.

El legislador, aunque contradiciéndose en su proceder, quiso en esta sección del Código regular dicha materia y no comprenderla en la destinada á regular la aceptación y repudiación de la herencia. Aunque los anotados artículos no lo expresen, ni lo vengan á indicar, es evidente que aluden á excepciones, á reglas especiales que no están previstas en dicha sección y que deben aplicarse exclusivamente á las mandas.

En tal sentido, á nadie debe parecer dudoso que las máximas ó principios generales que los artículos 988 á 1.009 señalan, rigen en materia de legado, en tanto no se opongan á las referidas de carácter particular.

La aceptación y renuncia de mandas, por tanto, son actos enteramente voluntarios y libres; debiendo recordar aquí, á este propósito, lo que ya en comentarios anteriores adelantamos, ó sea que la aceptación de legados se supone siempre, por reputarse éstos otorgados en beneficio del legatario; mientras que la renuncia es preciso justificarla. La *Resolución de la Dirección general de los Registros de 30 de Abril de 1878* declara que procede inscribir las fincas legadas á favor de los legatarios, aun cuando no se acredite respecto de alguno su aceptación expresa ó tácita, porque constituye, en rigor jurídico, el hecho de la aceptación una condición suspensiva de la transmisión de dominio, cuyo cumplimiento se retrotrae á la fecha en que se verificó la transmisión, y con arreglo á los principios fundamentales sobre inscripción y á lo dispuesto en el art. 16 de la *ley Hipotecaria*, son inscribibles los títulos translativos de dominio sujetos á condición suspensiva.

No es posible suponer eficaces las aceptación y renuncia mientras el legatario no esté cierto de la muerte del testador y de su derecho al legado.

La prescripción del art. 990, en parte, no tendrá aplicación á los legados, porque, según veremos en este mismo comentario, aquéllos pueden aceptarse y aun renunciarse parcialmente.

Para calificar la capacidad de los que pueden válidamente aceptar ó renunciar mandas, ha de estarse á lo que sobre el particular estatuyen los artículos 992 á 996.

De lo que ya tenemos expresado en diferentes lugares del presente estudio sobre la institución legataria, deducimos que no son conciliables con la índole de ésta los diversos preceptos que establecen y diferencian la aceptación pura y simple y la hecha á beneficio de inventario. El legatario, por más que acepte sin condición alguna, nunca se comprometerá más que á lo que alcance el importe de su donación.

Dichas aceptación y renuncia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de alguno de los vicios que anulan el consentimiento, ó cuando apareciese un testamento desconocido. Con razón expresa Laurent que la aceptación de un legado produce el mismo efecto que la aceptación de una sucesión; es el ejercicio del derecho hereditario, el cual consiste en aceptar ó en repudiar; de lo que se sigue que el legatario que ha aceptado no puede ya repudiar; al aceptar ha usado de un derecho, y, por consiguiente, ya no puede reclamarlo.

Ya hemos dicho que la aceptación se supone hecha, por regla general, tratándose de legados. El Código de la República Argentina (art. 3.804) dice que se presume siempre aceptado el legado, mientras no conste que ha sido repudiado. Por tanto, cabe admitir la forma expresa y la tácita de aceptar; y en la última, cuantas maneras indiquen la intención del legatario de admitir la merced que el testador le concedió.

¿Cabrá asimismo la repudiación hecha tácitamente? Para las herencias, lo prohibe terminantemente el art. 1.008, al referirse al instrumento público ó auténtico ó al escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría ó del *ab-intestato;* por cuyos dos medios se ha de manifestar explícitamente el hecho de la renuncia. Los jurisconsultos Pothier (*Des donations testamentaires,* núm. 317) y Troplong creen que tal disposición (art. 784 del Código Napoleón, sustancialmente

igual al 1.008 del Código español) no debe aplicarse á los legados, y en tal sentido hemos visto varios fallos de la jurisprudencia francesa, de la cual se desprende la enseñanza de que el referido art. 784 no puede por vía de analogía aplicarse á las mandas: primero, porque impone una forma de renuncia bajo pena de nulidad y después porque no hay analogía entre un legatario y un heredero; éste puede ser desconocido tercero, mientras que aquél debe ser siempre determinado.

En nuestro Derecho positivo, aun existiendo la mencionada prescripción del art. 1.008, y la del 1.280, núm. 4.°, que se refiere á repudiación y renuncia de derechos hereditarios nada más, realmente no hay prohibición alguna para que la renuncia de una manda pueda hacerse también bajo forma tácita; porque el art. 1.008 se halla escrito al parecer para las repudiaciones de herencias, y en consideración á la distinta naturaleza jurídica de ésta, comparada con la de los legados. Por cuya razón es lógico que, tratándose de éstos, la cuestión antes planteada queda sometida á las reglas generales de la extinción de obligaciones.

Nuestro art. 888 prevé, primero, los casos de que el legatario no *pueda* ó no *quiera* admitir el legado, aludiendo indudablemente este último supuesto á la renuncia voluntaria de la manda, y el otro al de incapacidad en dicha persona para ostentar y hacer efectiva la referida cualidad de legatario. Los motivos que producen esa incapacidad están determinados en los artículos 745, 752, 753, 754 y 756.

Además, el legado puede llegar á no tener efecto, sin que medie ninguno de esos motivos ni el legatario intente renunciar ó haya renunciado la manda. De ejemplo de esto puede servir el caso de la muerte de dicho legatario antes ó después del testador, pues para el problema que ventilamos es indiferente uno ú otro supuesto.

También, por ejemplo, puede ocurrir que, después de fallecido el testador, se probase que éste desconocía que la cosa que legaba era ajena; por cuya razón se anularía la manda (artículo 862 del Código).

Y, en general, puede decirse que el precepto que comentamos alude además á todos los casos que llevan consigo la nulidad de mandas, las que, por el hecho de no poder beneficiar al le-

gatario, ceden en pro de la herencia: en provecho del heredero cuando éste exista y haya aceptado, y de los demás legatarios cuando proceda con arreglo á derecho ó así previamente lo haya dispuesto el testador.

Las salvedades ó excepciones que prevé nuestro art. 888 han de resultar con toda claridad del testamento, puesto que la sustitución necesitó dejarla hecha el testador, no tácita, sino expresamente, y el derecho de acrecer ha de aplicarse siempre que con toda evidencia concurran las circunstancias legales asimismo previstas. Ya tiene cuidado de aclarar el art. 789 que todo lo dispuesto en el Código respecto á la sustitución de herederos se entenderá también aplicable á los legatarios; por lo cual habrá de estarse en todo caso á las reglas que en la respectiva sección se contienen. Ya en uno de los comentarios del presente tomo se hizo constar que la sustitución fideicomisaria podía tener lugar asimismo en los legados, aunque á primera vista se creyera que sólo convenía con las herencias propiamente dichas.

El derecho de acrecer, dispone el art. 987 del Código, tendrá también lugar entre los legatarios; y por tanto, para que los efectos del mismo se apliquen, según el art. 982, á los fines del que en este momento comentamos, es preciso que dos ó más legatarios hayan sido llamados á un mismo legado, sin especial designación de la parte que á cada uno habría de corresponder, y que uno de ellos muera antes que el testador, ó renuncie la manda, ó sea incapaz de recibirla; no excluyendo tal derecho el que esa participación se señale con las frases «*por mitad*» ó «*por porciones iguales*», ú otras que, aunque designen una parte alícuota, no fijen ésta numéricamente ó por señales que hagan á cada uno de los legatarios dueño de un cuerpo de bienes separado.

Y, así como en la sucesión testamentaria, según estatuye el artículo 986, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del heredero instituído, á quien no se hubiese designado sustituto, pasará á los herederos legítimos del testador, así también, tratándose de legados, es natural que se di ponga de la manda que no puede tener aplicación, no me diando sustitución ó no procediendo el derecho de acrecer únicas dos condiciones que se exige concurran para que se res

lice tal destino de la manda ó porción de ella, cuando la persona á quien estaba concedida no llega á posesionarse de la misma ó á disfrutarla.

Los supuestos de que el legatario no pueda admitir la manda ó de que ésta, por cualquiera causa, no llegue á tener efecto, los hemos ya previsto, como también el Código, suficientemente.

Lo que precisa aclaraciones y aun particulares reglas es lo relativo á la aceptación y renuncia; aclaraciones y reglas que, por su misma especialidad, están comprendidos en los artículos 889 y siguiente.

Nuestro Código, en el primero de esos preceptos, no ha seguido la doctrina de otros muchos extranjeros, que ponen limitaciones al legatario para aceptar parte de un legado y repudiar otra, aun no mediando la circunstancia que expresa el primer párrafo de dicho art. 889, de que esa otra parte sea onerosa. Con mayor acierto, á nuestro juicio, el legislador español aleja toda traba al legatario que quiera aceptar parcialmente la merced que le fué concedida, puesto que á recibirla toda no hay ley que pueda obligarle, á no ser que en esa forma tratara de aprovecharse de los beneficios y rehuir las cargas impuestas por el testador donante. Esto es realmente justo y explicable; como también nos parece que lo sea el tolerar que se admita, por ejemplo, de las dos cosas legadas, una de ellas, cuando no implica en realidad gravamen alguno el aceptar aquellas dos ó una sola.

La única restricción, por tanto, que nuestro art. 889 señala es la de que al legado vayan anejas obligaciones, y de ellas quiera desprenderse el legatario al no aceptar por completo su manda. Del silencio que, por lo demás, guarda ese artículo sobre tal idea, se deduce la exactitud de la observación que antes hacíamos; siendo además significativa la adición que el expresado precepto contiene respecto de su precedente en el *Proyecto de 1882*, cuyo art. 874, párrafo 1.°, se limitaba á disponer que el legatario no podría aceptar una parte del legado y repudiar otra.

Ese mismo criterio justifica la procedencia del art. 890, el cual, comprobando la referida observación, dispone que, si se trata de dos legados igualmente onerosos ó igualmente gratui-

tos, el legatario es libre para aceptarlos todos ó repudiar el que quiera; añadiendo además que el legatario de dos legados, de los que uno fuera oneroso, no podrá renunciar éste ó aceptar el otro.

Hasta tal punto se compenetran y explican mutuamente los artículos citados 889 y 890, que constituyen una redundancia con relación á la doctrina que contienen; pues no se adivina por qué no han de estar sujetos á las mismas reglas legados diversos, onerosos ó gratuitos, ó partes de legado, también onerosos ó gratuitos. La razón de derecho en uno y otro caso debe de ser la misma; y si tal vez se trató de redactar la disposición legal con lujo de claridad, digámoslo así, bien pudo haberse ordenado en un solo artículo que el legatario de legados ó de partes de legados, de los cuales el uno ó la una fueren gratuitos y el otro ó la otra onerosos, no podría aceptar los primeros y renunciar los segundos.

Con los herederos del legatario que muriese antes de aceptar la manda, no se da la misma consideración que con los del testador. La merced con la que éste significó á los últimos interés y cariño, hasta por motivo de moralidad, deben de aceptarla íntegramente, aun acompañándose á ella una carga ó gravamen, para que, en otro caso, no se les tilde justamente de ingratos y desleales á la memoria del difunto. Pero éste, en su tiempo, no tuvo presente (así es de suponer) á los herederos del legatario, los cuales, sólo por causa del último, llegan á percibir la manda. Y entonces ya sucede lo propio á dichos herederos que le sucedería á su causante, si se le dejara un solo legado oneroso, que es libre de admitir ó de repudiar.

Las partes, por tanto, del legado que el legatario antes de su fallecimiento no llegó á aceptar, son para los herederos de aquél como otros tantos legados perfectamente independientes y diversos.

Confirma esta observación el ilustre Goyena al expresar que por la muerte del legatario se divide el legado en tantas partes como herederos deja; y en la misma proporción que heredan, el legado se fracciona y multiplica. Es natural que el párrafo segundo del art. 889 se refiera al legatario que no aceptó la manda; puesto que si el fallecimiento ocurrió con posterioridad á la aceptación, el legado entró en el patrimonio de dicho lega-

tario, y de él pudo hacer lo que tuviera á bien, á no ser que el testador, su donante, hubiese creado ó establecido un gravamen de carácter real á la finca legada, que habría siempre de responder, cualesquiera que fuesen las manos á donde fuere á parar, de la obligación que sobre ella impuso el dueño, primer cedente de la misma.

Afirma el distinguido tratadista Pastor y Alvira *(Manual del Derecho romano, según el orden de las Instituciones de Justiniano)*, «que se entiende hay diferentes legados» cuando la liberalidad comprende diversos objetos dejados copulativamente; que hay, viceversa, un solo legado cuando comprende un solo objeto, ó una universalidad, ó varios objetos de los cuales únicamente ha de entregarse uno, porque se ha dejado en forma disyuntiva ó bajo condición contraria.

En rigor jurídico, huelga asimismo la declaración que se hace al final del párrafo primero del art. 890, porque, hecha ya la salvedad relativa á los legados total ó parcialmente onerosos, cuando aparecen otorgados al mismo tiempo que otros gratuitos, es por demás sabido que á ningún heredero ni menos á ningún legatario, puede obligárseles á que acepten las mercedes ni las responsabilidades que les impone el testador, aun cuando las primeras supongan toda clase de beneficios para el donatario. Es máxima de Derecho, incorporada á mayor abundamiento al Código civil en el párrafo 2.° de su art. 4.°, que los derechos concedidos por las leyes son renunciables, á no ser esta renuncia contra el interés ó el orden público, ó en perjuicio de tercero.

Igual observación aplicamos al supuesto en que, de varios legados onerosos, el legatario se haga cargo de alguno ó de algunos de ellos, y no de todos, del propio modo que si fueran gratuitos. La restricción anteriormente explicada reza sólo con la preferencia concedida á los últimos cuando se dejan desatendidos los primeros.

Una excepción parece que comprende la última parte del artículo 890, al referirse al heredero que sea, al propio tiempo, legatario. En efecto: posible es que la herencia lleve consigo responsabilidades y gravámenes que importen más que el haber del testador, ó que dejen éste muy disminuído; y que el legado no comprenda carga alguna, ó viceversa. Como dicho precepto

no distingue las circunstancias de onerosos ó gratuitos, según lo hace al referirse á legados exclusivamente, es indudable que da á entender lo que llevamos dicho: la perfecta libertad en que deja á todo heredero, al mismo tiempo legatario, para aceptar una ú otra consideración jurídica sin traba ni reparo algunos.

En el mismo principio está inspirado el art. 833, según el cual, el hijo ó descendiente legítimo mejorado podrá renunciar la herencia y admitir la mejora.

Si el legatario repudia el legado, y tiene acreedores, creemos perfectamente aplicable, como lo es al heredero, el art. 1.001 del Código; y, por tanto, aquéllos podrán pedir al Juez que los autorice para aceptar dichos legados en nombre del legatario; ó, como expresa el art. 3.808 del Código de la República Argentina, los acreedores del legatario pueden aceptar el legado que él hubiese repudiado.

En ese caso, á los acreedores sólo les aprovechará la manda en cuanto baste á cubrir el importe de sus créditos, pues el exceso, si lo hubiese, se adjudicará por la regla del art. 888, ó pasaría á los herederos *ab intestato*.

ART. 891. Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios á proporción de sus cuotas, á no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Concordancias.—Igual al art. 876 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO. — Á pesar de ser desconocida en nuestro antiguo Derecho la doctrina que comprende el transcrito precepto, la cual vemos aparecer por vez primera en el art. 876 del *proyecto de 1882*, siendo á éste traída á su vez de los artículos 3.616 del Código de Méjico y 1.794 del portugués, tal doctrina encierra una indudable importancia, porque afecta muy esencialmente á la índole jurídica de la institución legataria.

Por regla general, y según ya hemos explicado repetidamente, el legatario, como sucesor á título singular simplemente del difunto, no responde, ni debe responder, de los gravámenes que tengan el concepto de hereditarios, porque el heredero, en tanto representa totalmente á su causante, en cuanto se aprovecha de sus beneficios y se hace solidario de sus obligaciones. Si hay excepciones de esta regla, además de la que nos toca en este comentario examinar, será, ó porque la lleve consigo la naturaleza especial de un determinado legado, ó porque el testador quiso particularmente imponer á un legatario lo que en otro caso sería incumbencia del heredero, según la regla general del Derecho á que antes aludíamos.

Mas si el testador, careciendo de herederos forzosos, que es cuando únicamente está autorizado para realizar lo que nuestro art. 891 prevé y regula, quiere entregar toda su fortuna á partícipes diversos, sin nombre ni consideración de herederos, y deja al propio tiempo acreedores con deudas, que él debe conocer, bien claro trata de significar que esos partícipes han de levantar las cargas, al par que utilizarse de los beneficios. Y tan fundada cree esta suposición el legislador, que únicamente quiere que se destruya, no aplicándose la regla general del referido art. 891, cuando el testador hubiese dispuesto cosa en contrario.

Tal doctrina, sin embargo, es preciso ponerla en correspondencia, para su mayor claridad y completo sentido, con la general y característica de toda manda, que enuncia el párrafo 2.° del art. 858 del Código, según el cual, los legatarios no están obligados á responder de gravámenes que se les impongan más que hasta donde alcance el valor del legado.

No son contradictorias ambas doctrinas, ni pueden serlo. Los legatarios deberán responder, en proporción de sus cuotas, de los gravámenes hereditarios cuando á otra cosa no se obligaren por su propia y espontánea voluntad; si no expresan esa idea, su responsabilidad estará, en todo caso, limitada por la entidad de la manda.

Realizado el caso que prevé nuestro art. 891, no por eso, como advierte un tratadista español, y es idea corriente, queda el difunto sin heredero ó representante jurídico que intervenga con personalidad propia en los casos que las leyes determinan.

Si el testador carece de herederos forzosos, tendrá otros que no lo son, hasta llegar al límite que nuestro Código tiene establecido en la sucesión *ab-intestato;* y ese heredero ó herederos, cuando varios tengan el mismo derecho, por su mismo grado de parentesco ó porque intervengan en nombre de ascendientes suyos que han fallecido, percibirán, en su caso, los legados que no se aceptaron y que el art. 887 dispone que se refundan en la herencia, caso de no ser aplicables los derechos de acrecer ó de sustitución, y siempre que, como es natural, voluntariamente se presten á admitir las responsabilidades propias de los sucesores legítimos del testador.

De aquí deducimos que puede darse el caso de ser necesaria la declaración judicial de herederos de una persona, aun habiendo ésta muerto con testamento. Porque entonces tendrá perfecta aplicación uno de los apartados del art. 912 del Código, según el cual, procede la sucesión legítima, entre otros casos, cuando el testamento no contiene institución de heredero en *todo ó parte de los bienes,* ó no dispone de todos los que corresponden al testador, teniendo entonces lugar solamente dicha sucesión respecto de los bienes de que no se hubiere dispuesto.

Decíamos antes que, aun tratándose de herencia adjudicada por el testador totalmente á legatarios, podía, por dimisión de alguno de éstos, quedar vacante en parte; y si aquél no dejó previsto tal caso, ordenando que, si ese supuesto se diese, acrecieran las mandas á los otros legatarios, ó correspondieran á los sustitutos, es indudable que los herederos legítimos del difunto serán los que vengan á ocupar el lugar de los testamentarios, si aceptan espontáneamente tal condición.

Terminantemente estatuye el art. 913 que, á falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia, según determinadas reglas, á los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo ó viuda y al Estado.

Debe parecer indudable que la intención del legislador, al emplear la frase de «*en proporción á sus cuotas*», fué referirse al valor real de cada manda, al importe positivo del beneficio que reportará á cada legatario la donación testamentaria; porque así resulta justificada y es equitativa la distribución proporcional de los gravámenes hereditarios. Por esto preceptúa el art. 1.363 del Código chileno que los legatarios que deban

contribuir al pago de las legítimas ó de las deudas hereditarias, lo harán á prorrata de los valores de sus respectivos legados; añadiendo que la porción del legatario insolvente no gravará á los otros.

Este último extremo, ¿regirá asimismo en el Derecho positivo español? Entendemos que sí; la condición jurídica del legatario, ya sabemos que es de naturaleza muy distinta á la del heredero, como que el uno es sucesor singular del testador y el otro su representante universal. Para el último se ha dictado el art. 1.084, según el cual, hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiera aceptado la herencia á beneficio de inventario, ó hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio. Pero esta doctrina no podría extenderse á los legatarios, á no adulterar la naturaleza de las instituciones jurídicas.

A pesar de lo expuesto, creemos que no individualizando el testador el pago de los gravámenes hereditarios, puede un acreedor de aquél reclamar de cualquiera de los legatarios nombrados su deuda, aunque ésta ha de ir siempre subordinada al importe de la herencia que aquél percibió. Lo cual no ocurre con el heredero, que tiene el derecho de repetir por el exceso contra los demás coherederos, á los efectos del art. 1.085.

SECCIÓN UNDÉCIMA

De los albaceas ó testamentarios.

Pone término muy adecuadamente la presente *Sección undécima* al tratado del Código que regula la sucesión testada, y también al capítulo segundo del título tercero destinado al examen de la herencia. Y decimos adecuadamente, porque en primer lugar, los albaceas ó ejecutores testamentarios, según este mismo nombre lo indica, no pueden darse más que en los testamentos; y en segundo lugar, porque intervienen, según hemos

de comprobar, en muchos y muy importantes extremos del cumplimiento de la voluntad del testador, los que han sido objeto de detenido examen precedentemente.

Es decir, como ya tiene expresado el Rey Sabio en el *proemio* del *título X, Partida 6.ª*, "*Onde pues que en el título ante deste fablamos de las mandas, queremos dezir en este de los testamentarios que las han de cumplir.*"

Esa sinonimia de términos, que el legislador emplea al igualar la significación de las voces "*albacea*" y "*testamentario*", manifiesta el concepto de la primera, si no tratáramos de averiguarlo por su misma etimología. Se ha sustantivado la palabra "*testamentario*" ya desde antiguo, solamente para dar á entender, como vemos en la *ley 1.ª* del *título* y *Partida* citados, ciertas personas que por el testador son nombradas con el fin de llevar á ejecución todo ó parte de lo que aquél disponga en su testamento; las cuales llevaban ya el nombre de *cabezaleros*, que emplea el *Fuero Real* en diversas leyes de su *título V y libro III*, ya el de *testamentarios, mansesores* y en latín *fideicomisarios*, pues, como razona elegantemente el autor de las Siete Partidas, "*en la fe e en la verdad destos omes tales dexan e encomiendan los fazedores de los testamentos al fecho de sus animas.*"

El uso de la palabra "*albacea*" es moderno relativamente, la cual algunos jurisconsultos hacen derivar del árabe *aluaci*, vocablo correspondiente á los extranjeros *Quatremere* y *Engelmann*. De todos modos, cuando se emplea, y esto es lo más corriente, el término *testamentario* como sustantivo, se alude, según ya dijimos, á las personas instituídas en las últimas voluntades

para llevar á realización actos que les han sido precisamente fijados por los testadores, ó que constan determinados, ya individual, ya genéricamente, en las leyes.

Son cargos, como antes indicamos, al referirnos á la autoridad de Alfonso el Sabio, que tienen por base y justificación la confianza y lealtad que los testadores fundadamente se prometen de amigos, parientes ó deudos, que deban representarles cerca de los herederos y legatarios cuando éstos no sean al propio tiempo albaceas.

Éstos indican, por lo general, representación jurídica del difunto para todo lo que afecta al cumplimiento de su voluntad testamentaria; por lo cual habremos de hacer ver, en su oportuno lugar, que en la mayoría de los casos, representan los albaceas la entidad de derecho llamada herencia, sobre todo, mientras ésta no aparezca adjudicada.

Á pesar de lo cual, no es condición precisa, según ya probaremos, que el testamentario se haya de nombrar fuera de los que participen de las mercedes del testador, en una ú otra forma. El papel de albacea no es, en modo alguno, incompatible con el de heredero ó legatario. Para el que nombra éstos con toda la libertad conciliable hoy solamente con la existencia del sistema de legítimas, se le reconoce asimismo plena facultad de elegir sus testamentarios, siempre que le merezcan fe y confianza, pudiendo decirse que sólo ha de respetar la restricción de que el nombrado se halle con capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones.

El albacea, el heredero y el legatario, aun re-

uniendo estos tres caracteres una misma persona, podrán perfectamente diversificarse en las funciones que estén llamados por las leyes á desempeñar y derechos que les correspondan; sin que obste á esta consideración la de que, en determinados casos, y subsidiaria ó supletoriamente, los herederos hayan de ejercer las facultades de los testamentarios, por su condición de tales herederos, puesto que entonces llevarán dos representaciones del causante, figurando por un lado como ejecutores de la voluntad de éste, cerca de todos los que tengan algo que ver con la herencia, y, por otra parte, como sucesores universales del finado, es decir, simplemente herederos suyos.

Es, pues, el cargo de albacea eminentemente activo y de representación, al que se le adjudican atribuciones que no tienen, por su naturaleza, los herederos ni los legatarios.

En tal sentido explicado el concepto de albacea, debieron practicarse sus funciones en todas las épocas de la Historia que conocieron los testamentos, pues que la ejecución de los mismos forzosamente se consideraría imprescindible.

Ahora, la creación de personas dedicadas con exclusividad al referido objeto, dicen los tratadistas que no fué antigua, puesto que es posterior al Derecho romano.

Nuestras investigaciones sobre el particular, conformes con las de las más esclarecidas autoridades, nos indican que los ejecutores testamentarios nacieron con motivo de las instituciones y mandas piadosas, que ta frecuentes y numerosas llegaron á hacerse en mucho testamentos y en determinadas épocas. El *cap. VII*

Sesión 22 del Santo Concilio de Trento, comienza disponiendo que los Obispos, aun como delegados de la Sede Apostólica, sean, en los casos concedidos por derecho, ejecutores de todas las disposiciones piadosas hechas tanto por última voluntad, como entre vivos; y termina declarando que conozcan también los Obispos y hagan que tengan el destino correspondiente las fundaciones destinadas por su establecimiento al culto divino y salvación de las almas ó alimento de los pobres, sin que obsten costumbre alguna, aunque sea inmemorial, privilegio ni estatuto.

Esta disposición ya concreta á las mandas piadosas el deber que en toda clase de últimas voluntades imponía á los Obispos la *ley 7.ª, tít. X, Partida 6.ª,* para que apremien, cada uno en su Obispado, á los testamentarios á que cumplan los testamentos, si ellos fueren negligentes; debiendo los primeros hasta desempeñar el cargo cuando éste no existiese y el heredero no quisiere cumplirlo.

Los Sres. Gómez Salazar y Lafuente, en el tomo II de sus *Lecciones de Disciplina eclesiástica, pág. 114,* expresan que antiguamente los Obispos, al practicar la visita de las cosas eclesiásticas, inspeccionaban los testamentos y los hacían cumplir en su totalidad, mirando como asunto de mucha piedad el que las almas de los difuntos no padecieran por falta de sufragios ó de deudas.

La *Resolución de la Dirección general de los Registros,* de *2 de Enero de 1893,* declaró que, según el digo civil, muerto el albacea, corresponde á los heleros la ejecución de la voluntad del testador, lo cual urría asimismo según la legislación anterior, pues,

en primer lugar, la *ley 7.ª, tít. X, Partida 6.ª*, fué derogada por las *13, 14* y *15, tít XX, libro X de la Novísima Recopilación*, que prohibieron terminantemente á la justicia eclesiástica mezclarse en el cumplimiento y ejecución de las últimas voluntades, por ser asunto de que tan sólo debían conocer los Jueces seculares, y, además, porque el *Decreto-ley* de *6 de Diciembre de 1868*, al trazar los límites de la jurisdicción propia de la Iglesia, no incluyó en sus atribuciones la de nombrar albaceas dativos.

Las prácticas á que aluden los referidos canonistas no regían ya con anterioridad á la publicación del Código civil, y éste las desautorizó además, por completo, al ordenar en el art. 747 que si el testador dispusiere del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y, en su defecto, para los de la provincia.

Ni en esa disposición, ni en las que luego habremos de examinar, se establece excepción alguna respecto á los Obispos, en la que se les otorgue categoría, en determinados testamentos, de albaceas por derecho propio.

En esta, como en otras materias del Derecho civil la acción niveladora de los tiempos vino á reservar á aquél la regulación de problemas que sólo el mismo

debe estatuir y con la menor cantidad posible de excepciones.

El Derecho patrio español concedió especial y extenso lugar en sus Códigos á los ejecutores testamentarios, como lo atestiguarán múltiples é importantes leyes del *Fuero Real*, de las *Partidas* y de la *Novísima Recopilación*, que en esta misma Introducción y en los comentarios sucesivos habremos de estudiar y considerar como precedente indudable, y en ocasiones, todavía literal de varios preceptos que en el presente Código regulan muy interesantes extremos del tratado de albaceas.

La existencia de éstos en los testamentos no debe suponerse siempre; es preciso que conste en forma el nombramiento ó designación hechos por el testador, ó que así se deduzca claramente de la última voluntad del mismo; y como la ejecución de ésta es ineludible é inaplazable, no habiendo ejecutores testamentarios nombrados, la ley inviste de tal facultad á los herederos.

El art. 911 del Código hace esa misma declaración sólo para los casos en que el albaceazgo termine por muerte, imposibilidad, renuncia ó remoción, lapso del término señalado por el testador, por la ley ó por los interesados, en su respectivo caso, y hasta por no haber aceptado el nombrado para dicho cargo. Pero no cabe vacilar lo más mínimo al sostener que cuando el testador no nombró ejecutores de su voluntad, ó dió á entender que se conformaba con que lo fueran sus herederos, en cuya confianza asimismo descansaba,

cede aplicar subsidiariamente las previsiones de la
y, que se inspira en materia sucesoria en el presunto
ensamiento de dicho testador.

En tales casos, ya anticipamos antes de ahora que los herederos figurarán en la sucesión del difunto con dos personalidades distintas y deslindables: la de sucesores universales de su causa-habiente y la de representantes del mismo con todas las facultades y obligaciones de que en este apartado del Código vamos á tratar y las demás que el testador especialmente les haya conferido ó impuesto.

La utilidad de los ejecutores testamentarios podíamos dejarla justificada, con una expresión filosóficamente exacta, como todas las del Rey Sabio, al decir éste en la *ley 1.ª, tít. X, Partida 6.ª*: "*e tienen gran pro estos atales* (los cabezaleros ó testamentarios) *quando fazen su officio lealmente, ca se cumplen mas ayna por acucia dellos, las mandas que son puestas en los testamentos.*"

En efecto: esa observación sugiere la idea de que el cargo de albacea se justifica siempre por la honradez y lealtad en que confía el testador, tratándose de personas que por motivos que aquél juzga fundados, han de reputar sagrada ó respetable por lo menos, la memoria del que ya en vida les otorgó su cariñosa confianza.

Además, el cargo de albacea tiene la ventaja que supone el natural interés que ha de inspirar al que lo ejerza, el que el nombre del difunto quede en el merecido lugar y de que ha de ser desempeñado con mayor acierto que por aquellos á quienes como derecho propio la ley lo confiere á falta de especial designación del testador.

Por eso dice Pothier *(Des donations testamentaires,* que aun siendo de derecho albacea el heredero, es bas-

tante frecuente que los testadores, para procurarse una más segura, más exacta y más diligente ejecución de sus últimas voluntades, nombren personas á quienes confían aquéllas.

La prueba de que el cargo de ejecutor testamentario descansa en la confianza de quien lo confiere, la tenemos en las escasas garantías que, según observaremos, exigen las disposiciones de la presente *Sección undécima* para desempeñarle, en la libertad con que puede hacerse el nombramiento de albacea, ya que la única é indispensable traba señalada á los que han de serlo, es la de que tengan capacidad para obligarse, en la circunstancia de ser cargo voluntario, en la de no convertir en exigencia apremiante é imperiosa el plazo en que han de desempeñarse tales funciones, en la de ser por lo general éstas gratuítas, y, entre otras varias que dejamos de enumerar, en la de no ser cargo delegable, si otra cosa no dispone el testador.

***

¿Es el albacea un verdadero mandatario? Caso afirmativo, ¿de quién lo es, del testador ó de los herederos? Cuestiones son éstas que debaten los tratadistas con variedad de soluciones, adoptando á tal objeto diversos puntos de vista. Nosotros, colocándonos, á nuestro modesto juicio, en términos menos casuístas, convenimos en que ninguna otra institución se parece tanto al mandato como el albaceazgo, pues indudablemente por éste, el albacea, aceptando el cargo, se obliga á prestar servicio, ó hacer alguna cosa por encargo de otro.

Es decir, la definición del art. 1.709 del Código conviene en mucha parte con la índole de las funciones del ejecutor testamentario. Pero al descender á detalles, ya empiezan á diferir aquéllas de las propias de todo mandatario, por lo menos, según aparecen las de éste reguladas en el Derecho positivo español.

El Código de la República Argentina, en el número 7.° de su art. 1.870, declara que las disposiciones del título referente al mandato serán también aplicables á las representaciones por albaceas testamentarios ó dativos.

A pesar de esa autoridad legal y del parecer muy respetable de insignes tratadistas nacionales y extranjeros, que asimilan la misión del albacea á la que supone un contrato de mandato, insistimos en nuestra opinión, porque, en primer lugar, para que haya un contrato de mandato, es exigencia ineludible la de que medie un concierto, ya expreso ó ya tácito, entre dos personas, concierto de voluntades que en el albaceazgo no existe, pues el albacea acepta tal compromiso después de haber dejado de existir una de las que serían, bajo ese supuesto, partes contratantes. Y no vale argumentar que los herederos representan los derechos del pretendido mandante, porque, si bien es cierto que el que contrata lo hace para sí y sus herederos, siendo transmisibles también por el solo hecho de la muerte las obligaciones contractuales, el testador no pudo transmitir con su fallecimiento derecho alguno á sus sucesores *mortis causa*, por no haber adquirido aún ninguno contra el que voluntaria é individualmente nombró por ejecutor de su testamento.

Tampoco puede decirse que sea el albaceazgo un

caso de gestión de negocios ajenos; y si la índole de este previo estudio nos lo permitiera, comprobaríamos con más de un razonamiento que no conviene la naturaleza del cargo de cabezalero con la que los artículos 1.888 á 1.894 inclusive del presente Código asignan al llamado por el legislador cuasi-contrato de gestión de negocios ajenos. No pueden obligar á un mandante que ya no existe los actos de ejecutores testamentarios, quienes, si bien tienen por obligación la de dar cuenta de su encargo á los herederos, figurán siempre desligados de las responsabilidades que á éstos pueden afectar y con funciones independientes de las que todo sucesor testamentario está, por la índole de su condición, llamado á cumplir.

A pesar de estas divergencias, que á guisa meramente de ejemplo aducimos, han de ser repetidas las ocasiones en que cotejemos obligaciones y derechos señalados al albacea con los fijados al mandatario, y en que concordemos, en relación de perfecta armonía, disposiciones de la presente *Sección undécima* con otras del *título IX, lib. IV* de este Código.

Bajo tales advertencias y salvedades, debemos entender la *Sentencia* del Tribunal Supremo de Justicia de *4 de Julio de 1895*, la cual, en uno de sus *Considerandos*, declara textualmente que los albaceas contadores-partidores tienen el carácter de mandatarios del testador y no de los herederos; y la oposición de éstos á los actos de aquéllos, ni les priva de las facultades recibidas y aceptadas, ni del derecho de ser reintegrados de los gastos ocasionados por el mandato, cuando no se han extralimitado en sus facultades.

La misma *Sentencia* resuelve, dentro del Derecho

constituído, la cuestión ya indicada, ó sea, la de determinar si los albaceas representan al testador ó á los herederos.

Dado el valor de interpretación auténtica de las leyes de que goza la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al carácter que otorga la *ley Hipotecaria* á las Resoluciones de la Dirección general de los Registros, nos atenemos preferentemente á la relacionada declaración legal, en contra de la opuesta doctrina que sienta la *Resolución de 7 de Enero de 1875*, al exponerse en ella que los albaceas particulares son cargos de naturaleza especialísima, y aunque designados por el testador, no son mandatarios suyos.

Es digno de mencionar el cargo de *interventor* que el Código civil de Méjico (artículos 3.740 á 3.749) instituye, á fin de que resulte vigilado el exacto cumplimiento del albaceazgo; debiendo dicho interventor asociarse siempre á la persona cuyos intereses crea perjudicados y, en nombre de ésta y con su consentimiento expreso, practicar cualquiera gestión judicial ó extrajudicial. Tal cargo de interventor puede conferirlo libremente el testador; aunque los herederos que no administran, también tienen derecho á nombrar á mayoría de votos un interventor que vigile en nombre de todos; siendo en determinados casos, que taxativamente se expresan, preciso su nombramiento.

Nuestro Código realmente no refiere más que dos clases de ejecutores testamentarios, que son los designados especialmente por el testador y los que, á falta de esa designación, la ley inviste con tal carácter, es decir, los herederos.

Pero la *ley de Enjuiciamiento civil*, de la propia

suerte que reconoce una tutela dativa, que es la que confiere el Juez, autoriza, en casos extremos, al prevenirse un *ab-intestato* de persona que no dejase descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, ni cónyuge legítimo que viviera en su compañía, el que por dicha autoridad judicial se nombre un albacea dativo, que se encargue de disponer el entierro, exequias del difunto y todo lo demás que sea propio de este cargo con arreglo á las leyes; facultad que el más acreditado comentarista de la expresada ley procesal, D. José María Manresa, cree hoy vigente, pues no considera aquélla derogada por el presente Código, juzgando que se trata de llenar una necesidad relacionada con el procedimiento, y que si no pudiera el Juez hacer ese nombramiento, tendría que disponer por sí mismo el entierro y exequias del finado, lo cual, además de ser impropio del cargo, podría distraerle de otras atenciones preferentes de la administración de justicia.

Entendemos, sin embargo, que hoy, aun pudiendo los Jueces conferir el cargo de albaceas dativos, han de sujetar las condiciones de que éstos deben de estar adornados á lo que dispone el presente Código respecto al particular.

Lo propio decimos en lo relativo á las facultades de dichos albaceas, teniendo en cuenta que no pueden suponerse instrucciones previas del testador sobre este último extremo, por cuanto se trata de un caso de *ab-intestato*.

La Dirección general de los Registros *(Resolución de 3 de Octubre de 1884)* reconoce la existencia de albaceas testamentarios, legítimos y dativos y que á los

herederos se les tiene por albaceas legítimos, en el caso de que no los haya testamentarios ó no puedan ó no quieran cumplir la voluntad del testador. Lo mismo se deduce de la *Sentencia* del Tribunal Supremo de *3 de Octubre de 1884*.

Entre los mismos albaceas testamentarios hay los llamados *albaceas contadores* ó *partidores*, á que realmente no aluden en concreto las diversas disposiciones de esta *Sección undécima*. Son aquellos cuyo nombramiento autorizaba la *ley 10, título 21, libro X de la Novísima Recopilación*, con el encargo de que, al fallecimiento de los testadores, formasen los aprecios, cuentas y particiones de sus bienes, como sujetos imparciales, íntegros y de su total confianza, al objeto de que el caudal de los pupilos y huérfanos no se disipase en diligencias judiciales y en costas, que por lo común causaban los llamados Padres generales de menores y Defensores de ausentes, cuyos oficios, por gravosos, se habían extinguido en muchos pueblos del Reino.

Los albaceas presentaban después las diligencias de partición ante la Justicia del pueblo para su aprobación y protocolización en los oficios del Juzgado, y, en el referido particular, resultan siendo los mismos á quienes se refieren los artículos 1.057 del presente Código y 1.045 de la *ley de Enjuiciamiento civil*, al disponer el primero que el testador podrá cometer por actos *inter vivos* ó *mortis causa*, para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, y al estatuir el segundo que cuando el testador haya prohibido la intervención judicial en su testamentaría, para que esta prohibición produzca los efectos de hacer impar-

ble el expediente judicial adecuado, tratándose de herederos voluntarios y de legatarios de parte alícuota, será necesario que dicho testador haya nombrado una ó más personas, facultándolas para que, con el carácter de albaceas, de contadores ó de cualquiera otro, practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaría.

***

El estudio del problema de las facultades que corresponden al cargo de ejecutor testamentario es el que mejor y con más exactitud caracteriza la índole jurídica de aquél. Pero ese estudio tiene su oportunidad más adecuada en el comentario de dos de los más importantes artículos del presente apartado del Código, y para entonces lo reservamos; pues en estas observaciones preliminares ya se advertirá que anotamos simplemente ideas generales y algunas que no tienen en el articulado cabida apropiada, por no haber sido previstas por el legislador en dicha parte de su obra.

Tales son, por ejemplo, las relativas á determinadas facultades, obligaciones y restricciones impuestas á los albaceas en esta ley y en otras.

Según el último párrafo del art. 690 del presente Código, aquéllos podrán presentar también un testamento ológrafo ante el Juez del último domicilio del testador, luego que tengan noticia de la muerte de éste; cuyo derecho mantenían como obligación las *leyes 13, tít. V, libro III del Fuero Real; 14, tít. IV, libro V*, y *5.ª, tít. XVIII, libro X* de la *Nueva* y *Novísima Recopilación*, respectivamente, al ordenar que el Ca-

bezalero mostrase la manda al Alcalde en el término de un mes, y si no lo hiciera perdiese aquello que debía haber en dicha manda y lo diera por el alma del muerto, pagando, en otro caso, el diezmo como multa.

El núm. 3.° del art. 1.459 de este Código, de acuerdo con la *ley 1.ª, tít. XII, libro X* de la *Novísima Recopilación*, al referirse á la capacidad para intervenir en el contrato de compraventa, dispone, entre otros casos, que no podrán los albaceas adquirir por compra, aunque sea en subasta pública ó judicial, por sí ni por persona alguna intermedia, los bienes confiados á su cargo. A propósito de lo cual, resuelve la *Sentencia de 8 de Noviembre de 1859* (que no hay inconveniente en respetarla aún hoy), que esa prohibición de comprar bienes de la testamentaría no es extensiva al que, siendo albacea, es al mismo tiempo heredero.

El párrafo 2.° del art. 412 del Código penal declara aplicables á los albaceas, respecto á los bienes de las testamentarías, la disposición del párrafo primero del propio precepto, según la cual, el funcionario público que directa ó indirectamente se interesase en cualquiera clase de contrato ú operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa del 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Por último, para terminar esta introducción, mencionaremos sustancialmente la doctrina establecida por tres muy importantes *Sentencias* del Tribunal Supremo, y la cual tiene su más adecuada cabida en este lugar.

La primera, fecha *29 de Marzo de 1869*, declara que no es posible confundir el verdadero carácter del albacea testamentario con el de heredero fideicomisario.

Y las segundas, de *10 de Enero de 1860* y *22 de Mayo de 1894*, sientan las afirmaciones de que el encargo hecho por el testador á dos ó más personas para que distribuyan la herencia con arreglo á las instrucciones verbales que les haya dado, no entraña una verdadera institución de herederos, y, en tal concepto, al autorizar á los albaceas para que, fallecida la heredera usufructuaria del remanente de los bienes, y no constituída la administración temporal que se reservó la testadora fundar en escritura pública, se incautaran de los bienes y cumplieran las instrucciones particulares que les tenía suministradas, facultándoles para que, en subasta pública ó privadamente, procedieran á la venta de los bienes, deducidos los legados ó mandas que dejaba hechos, no revistió á los albaceas de otro carácter que el que les había conferido de *meros ejecutores testamentarios*, sin que en modo alguno se entienda ni pueda entenderse que los instituyó herederos.

La distribución de materias se ha hecho en la presente sección con algún mayor método y lógica que en otras del Código. Empieza aquélla regulando la capacidad para ser albacea (art. 893); sigue estableciendo las clases de los mismos y las diversas formas bajo las que pueden quedar obligados (artículos 894 á 897); declaran los caracteres y deberes de dicho cargo los artículos 898, 899, 900 y 907 á 909; regulan las facultades de todo ejecutor testamentario los artículos 901 al 903; tratan del plazo en que aquéllos han de cumplir

el compromiso que aceptaron los artículos 904 á 906, y por fin, de la conclusión del cargo los dos últimos artículos de la sección, 910 y 911.

ART. 892. El testador podrá nombrar uno ó más albaceas.

Concordancias.—Igual al art. 726 del proyecto de 1851 y al 893 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno concreto.*

COMENTARIO.—Realmente, y después de las observaciones de carácter general que quedan expuestas en el preámbulo de la presente *Sección undécima*, con bien pocas más nos toca inaugurar el comentario del articulado.

El artículo transcrito, si bien no tiene precedente legal concreto, como ya tenemos dicho, no por eso puede afirmarse que contenga doctrina nueva, pues formula una declaración que estaba implícita en todas las disposiciones del Derecho patrio antiguo, que se ocupaban de los ejecutores testamentarios.

Se dedica un precepto en este Código á comenzar el tratado de albaceas, estatuyendo que el testador puede nombrar uno ó más, porque así se venía haciendo en los *proyectos de 1851 y de 1882*. Mas, en realidad, tal declaración, aunque no huelga, porque aclara, se desprende con evidencia lógica de otros varios preceptos de esta misma sección, tales como los en que se trata de la mancomunidad ó solidaridad de los albaceas, lo cual necesariamente supone que haya más de uno.

La propia libertad que las leyes, según dijimos, conceden á todo testador para procurar que, á su fallecimiento, se cumplan con esmero y exactitud sus últimas disposiciones por personas de su confianza dedicadas á tal objeto especialmente, aparece otorgada para que designe en el propio testamento el número de esas personas, sin limitación ni cortapisa, tratándose del que

ha de juzgar por sí mismo la índole de las exigencias que envuelve la ejecución de toda última voluntad, la clase de competencias diversas que al efecto se requieren, la conveniencia del recíproco consejo y asesoramiento para discernir acertadamente el cumplimiento de cláusulas testamentarias que parecieran dudosas ó de interpretación acomodada á las circunstancias que puedan en lo sucesivo presentarse, más ó menos difíciles de apreciar por una persona sola, y, en fin, hasta el propósito de que, ante el temor de una infidelidad, no muy probable, dada la naturaleza del cargo, aquélla pueda evitarse con la mutua vigilancia que unos á otros albaceas se hagan.

La facultad de nombrar uno ó más albaceas se enuncia simplemente en el artículo que tratamos; las relaciones jurídicas y modo de ejercicio del albaceazgo, cuando lo desempeñan varios, se regulan en los artículos 895 á 897, á la cabeza de los cuales, en todo caso, debió colocarse el referido 892.

ART. 893. No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse.

La mujer casada podrá serlo con licencia de su marido, que no será necesaria cuando esté separada legalmente de él.

El menor no podrá serlo, ni aun con la autorización del padre ó del tutor.

Concordancias.—Igual en sus primero y segundo apartado al art. 727 del proyecto de 1851, é igual en su mayor parte al 894 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, ley 7.ª, tít. V, libro III.*—Mandamos, que ningun siervo, ni religioso, ni muger, ni home que no sea de edad, ni loco, ni Herege, ni Moro, ni Judio, ni mudo, ni sordo por natura, ni home que sea dado por

alevoso, ó por traydor, ni que sea juzgado a muerte, ni home que sea echado de tierra, que no puedan ser cabezaleros en ninguna manda.

COMENTARIO.—Aun con declaraciones negativas y con las salvedades contenidas en el artículo transcrito, realmente es el único que en la sección del Código á que pertenece se ocupa del interesante problema de la capacidad exigida para ejercer el cargo de albacea.

La declaración cardinal con que hemos de principiar á exponer la doctrina objeto del presente comentario, es la que se deduce de la misma disposición transcrita: sólo pueden ser ejecutores testamentarios los que tengan capacidad para obligarse. Con la única restricción que de este principio se desprende, los testadores tienen amplio campo para moverse al designar personas, cuya confianza consideren como principal garantía del acertado cumplimiento de ese cargo.

Y ¿quiénes tienen capacidad para obligarse? Los que se encuentren en algunas de las categorías que señala el art. 1.263 del presente Código, regulador de las personas que no pueden prestar consentimiento: los menores no emancipados, los locos ó dementes y los sordo-mudos que no sepan escribir.

Por tanto, no deben prevalecer aquellas incapacidades que la legislación antigua preveía, como las de los religiosos, mujeres, herejes, judíos, hombres alevosos ó traidores, condenados á muerte y desterrados, que, entre otras, señala la ley del *Fuero Real* anotada en los *Precedentes legales*.

Los religiosos, ya antes del Código civil estaban autorizados para ser albaceas; pues, en conformidad con las leyes canónicas, el art. 38 de la *ley de 29 de Julio de 1837* había otorgado todos los derechos civiles, además del de la testamentifacción y de la capacidad para adquirir entre vivos y *ex-testamento* ó *ab-intestato*, que correspondían á los eclesiásticos seculares, también á los religiosos secularizados y exclaustrados de ambos sexos, desde que salieron de los conventos, y á las monjas que continuasen en los que quedaron abiertos desde el 8 de Marzo de 1836. Claro es que los religiosos que viven recluídos y sujetos á una regla estrecha, difícilmente podrían desempeñar, en

la gran mayoría de los casos, los deberes que supone el cargo de cumplidor de últimas voluntades.

A pesar de que algunos tratadistas entienden que la famosa *Real cédula de 30 de Mayo de 1830*, prohibitoria de que se dejaran mandas á los confesores de los testadores en la última enfermedad de éstos, según ya lo ordenara antes la *ley 15, título XX, libro X de la Novísima Recopilación*, implicaba una incapacidad para ser albacea, diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, las *de 18 de Junio de 1864, 15 de Diciembre de 1865 y 24 de Diciembre de 1866*, sentaron la doctrina de que, debiendo de aplicarse las prohibiciones de la ley en su tenor literal, no alcanzaban al albaceazgo conferido al confesor, cuando no envuelvan manda ó institución de heredero ó encargo de sufragios.

Como dice un fallo de la Corte de Gand, el albaceazgo, lejos de ser una liberalidad, es una carga. Por tanto, no hay dificultad alguna en que desempeñe también ese cargo el Notario, á pesar de la prohibición de no autorizar disposición á su favor.

La *Sentencia* española *de 6 de Febrero de 1866* asimismo dispuso que el Notario autorizante de un testamento no podrá ser nombrado fiduciario, pero sí albacea.

Aunque se interpretaran en sentido favorable para la capacidad de que venimos tratando el art. 43 del Código civil, el 4.° de la *ley de 24 de Mayo de 1870*, que señalan los efectos de la pena accesoria de interdicción civil, y el párrafo segundo del artículo 32 del presente Código, declaratorio de que aquélla sólo supone una restricción de la personalidad jurídica, siendo, por tanto, los que la sufran, susceptibles de derechos y aun de obligaciones, cuando éstas nacen de los hechos ó de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero; aunque se prescindiera del precedente de la incapacidad del sujeto á interdicción civil para ser testigo en los testamentos, y se concediera al mismo derecho á ser albacea, diríamos de él lo propio que dijimos del religioso exclaustrado: que su situación le imposibilitaría para ejercer las funciones que tal cargo implica, pues debe tenerse en cuenta que esa pena accesoria se impone, según el Código penal, sólo á los castigados con las principales de cadena perpetua ó temporal.

¿Serán motivos de incapacidad para ser albacea los que lo

son para heredar, según el art. 756 de este Código? No lo da á entender así el precepto que comentamos, como tampoco en cuanto á los que sufren la interdicción civil. Pero contra tal silencio, y en el supuesto, como es natural, de que dichas causas ocurrieran en el albacea después de nombrado por el testador, y principalmente después de la muerte de éste, existen poderosas razones morales cuya eficacia debería hacerse valer con el apoyo aun de un artículo de esta misma sección.

En efecto: el art. 910 expresa que uno de los modos de terminarse el albaceazgo es el de remoción del albacea, y ¿qué motivos más indicados para pedir y acordar dicha remoción que los llamados de indignidad para suceder á una persona, referentes todos á ataques graves contra la fortuna, honra ó vida del testador que distinguió al albacea con la confianza de ejecutor de su última voluntad?

El art. 893 de la primitiva edición del Código civil no contenía más declaración que la primera del que ahora estudiamos; es decir, se limitaba á preceptuar que no podía ser albacea el que no tuviera capacidad para obligarse. ¿Qué razones habrán mediado para añadir los otros dos párrafos con que conocemos hoy el art. 893 de la moderna edición de dicho Cuerpo legal? Pues, en nuestro concepto, las de aclarar y dejar bien determinadas la extensión y salvedades de dos que, en el antiguo Derecho, eran incapacidades más ó menos relativas para el albaceazgo.

La ley del *Fuero Real* ya citada, prohibía en absoluto á las mujeres ejercer dicho cargo. Sin embargo, los tratadistas nos aseguran que la costumbre las fué admitiendo al ejercicio de tales funciones, aunque mediando siempre la autorización de su marido. No es de extrañar esa costumbre, ni podía considerarse contra ley, cuando las máximas racionales y humanitarias de los tiempos, retratadas en los mismos *Códigos de las Partidas* y de la *Novísima Recopilación*, principalmente, y cuando la consiguiente evolución jurídica iban ya considerando á las personas del sexo femenino como capaces para intervenir personalmente en actos y contratos y desempeñar oficios que antes se tenían por incompatibles con su condición y hasta con la posición social en que ideas muy erróneas las colocaban.

Ya en otras partes de estos comentarios hicimos notar el evidente progreso que en este interesante particular revelaba la Historia del Derecho, cuyo progreso consideramos que aún no ha llegado á la meta de su completo desarrollo.

Todavía los Códigos de Holanda y de Prusia prohíben: el primero á la mujer casada, y el segundo á la casada y á la soltera, ser ejecutores testamentarios.

Dice el jurisconsulto francés Pothier que la mayor prueba de que el cargo de ejecutor testamentario no constituye una función pública, sino un simple oficio de amigo, que tiene por objeto intereses puramente privados, es que personas que no son capaces para funciones públicas, como las mujeres, no dejan por ello de serlo para desempeñar un albaceazgo.

La restricción que el apartado 2.° de nuestro art. 893 señala á las mujeres casadas para ejercer tal cargo, concuerda con la de igual naturaleza del art. 61, pues éste dispone, entre otras cosas, que la mujer sin licencia ó poder de su marido no podrá obligarse sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley; llegando el artículo siguiente, como regla general, á declarar la nulidad de los actos ejecutados por la mujer contra esa prohibición. Y como la declaración fundamental del citado art. 893 incapacita á todo el que no pueda obligarse para ser albacea, de aquí que de tal regla no sea excepción lo que en el propio artículo se dice de la mujer casada, ya que ésta no está facultada para obligarse, constante el matrimonio, mientras no figure autorizada por su representante legal, ó sea su marido.

¿Podría la mujer casada ser albacea, sustituyendo la licencia del marido, siempre que le fuere negada, por la subsidiaria habilitación que, para determinados casos, se concede por los trámites de la *ley de Enjuiciamiento civil?* Los términos escuetos y categóricos del apartado que analizamos, parecen oponerse á toda contestación afirmativa. Además, el art. 60 del presente Código autoriza esa habilitación sólo cuando trate de ejercitar la mujer ante los Tribunales acciones civiles ó criminales: y, ni el artículo siguiente, ni otros que enumeran los derechos y obligaciones de marido y mujer, mencionan ese remedio supletorio, á falta del consentimiento ó poder del representante de la sociedad matrimonial.

Por otra parte, los artículos 1.994, 1.995, 1.998 y 2.001 de la citada ley de enjuiciar, como es natural, al fijar la tramitación con que se han de conceder dichas habilitaciones, parten, en todos casos, del principio de que éstas se concedan para *comparecer en juicio*. El último de los artículos citados terminantemente expresa que cesarán los efectos de la habilitación luego que el marido se preste á comparecer en juicio por la mujer.

La segunda parte del art. 3.847 del Código de la República Argentina, expresa que los jueces no pueden autorizar á la mujer para ejercer el albaceazgo contra la voluntad del marido.

La licencia á que venimos refiriéndonos la precisa sólo la mujer casada, y por virtud de las exigencias jurídicas que supone el organismo matrimonial.

No requerirá licencia alguna la viuda que se encuentre en la plenitud de sus derechos civiles, ni aun la soltera mayor de edad.

La menor ó el menor de edad no rehabilitarían su incapacidad por el hecho de intervenir con la autorización de su padre ó tutor. El cargo de albacea, según ya tenemos repetido, es de especial confianza, y en el expresado caso quien lo ejerceria, para poder obligar válidamente á los que estuviesen interesados en la herencia, serian el padre ó el tutor, y no la mujer ni el varón menores de edad, cuyas cualidades personales, en todo caso, habria tenido presente dicho testador al hacer el nombramiento de ejecutores testamentarios.

El párrafo 3.° del art. 929 del Código uruguayo declara que la viuda podrá ser albacea de su difunto marido, bien que perderá el albaceazgo por el hecho de pasar á segundas nupcias. Esta prescripción no la encontramos en nuestro Código, conteniendo solo una análoga, referente á la pérdida de la patria potestad de la mujer que lleve á cabo ese nuevo matrimonio.

Pero el hecho de ser mujer casada y de figurar con licencia de su marido, ¿basta para acreditar la capacidad en el ejercicio del cargo de albacea?

Entendemos que no. La mujer casada menor de edad, ni aun con intervención de su marido, puede ser albacea, pues si bien la emancipación se obtiene, entre otras formas, por el matrimonio del menor, y habilita á éste para regir su persona y bienes como si fuera mayor, el Código impone determinadas restricciones á

los que se encuentren en este caso; por ejemplo, para tomar dinero á préstamo, gravar y vender bienes inmuebles. Luego con más motivo procederá tener en cuenta tales restricciones al tratarse de cumplidores de una voluntad testamentaria, cuya plena capacidad se exige si han de obligarse y obligar á los que con ellos se relacionen por razón del testamento.

La mayor edad del marido no suple la menor de la mujer, porque ésta por sí sola no estaría dentro de la prescripción general del apartado primero de nuestro artículo; y lo que da á entender el segundo párrafo, no es que el marido haga de albacea á nombre de su esposa, sino que ésta personalmente lleve á cabo todos los actos propios del albaceazgo, sin concurso alguno ajeno por razón de imperfecta capacidad, necesitando sólo del previo consentimiento del marido ó autorización general para poder entrar en el desempeño total del cargo.

Afirmamos esto último con la salvedad solamente (que creemos posible exista, y que las leyes por necesidad tienen que respetar, á nuestro modo de ver) de que el marido pusiera trabas á la aceptación incondicional por parte de su mujer del albaceazgo que se le confiara. Así, por ejemplo, pudiera otorgar su permiso únicamente para que aquélla pagara los legados dejados por el testador, negándolo para poner á los herederos en posesión de su participación sucesoria, pues el párrafo del precepto que examinamos no prohíbe, ni podría prohibir, á no proceder contra toda razón y derecho, que esa licencia á que alude sea parcial ó limitada simplemente á determinados extremos de ejecución del testamento.

La frase «*separación legal*» de su marido, que, refiriéndose á la mujer, menciona el apartado 2.° del art. 893, requiere alguna explicación.

Está separada en forma legal del marido la mujer cuando, simplemente interpuestas las demandas sobre nulidad ó divorcio, aparecen admitidas por el Tribunal competente, siendo ese uno de los efectos y medidas provisionales más importantes que procede adoptar en ese caso, según el núm. 1.° del art. 68 del Código. La sentencia de divorcio, por lo que ordena el artículo 73, produce el mismo efecto.

Entendemos de igual modo que declarada la ausencia del marido en forma legal, su mujer, mayor de edad, no necesita

licencia alguna para poder ser albacea. El art. 188 del Código declara que la mujer del ausente, si fuere mayor de edad, podrá disponer de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan, sin que se le impongan otras prohibiciones que las de enajenar, permutar é hipotecar los bienes propios del marido ó los de la sociedad conyugal, á no ser con autorización judicial.

Luego si, en cuanto á sus bienes, el Código confiere amplias facultades á la mujer del ausente para obligarse, lógico es que aquéllas se extiendan á obligarse por las demás, siempre que no comprometa por sí sola los intereses de dicho ausente ó los de ella comunes con los de él.

La presunción de muerte del marido ausente producirá para la mujer que, por lo demás, esté en condiciones y quiera ser albacea, los mismos efectos que la muerte efectiva, sin que el hecho de la presentación, ó de acreditarse la existencia del ausente (extremo previsto por el art. 194 del Código), sea obstáculo para que esa albacea continúe ejerciendo sus funciones de tal; consideración que hacemos aplicable al caso en que los cónyuges divorciados se reconcilien, porque, repetimos, la licencia del marido que requiere el apartado segundo del precepto que examinamos, es un requisito *previo* para entrar en posesión del albaceazgo. Comenzado, pues, á ejercer éste cuando la mujer, capaz para obligarse, se hallaba separada legalmente de su marido, en modo alguno podrían retrotraerse los efectos de la nueva situación de los cónyuges al momento de la investidura, digámoslo así, de las funciones de albacea. Lo que á todo más podría exigir un escrupuloso criterio legal sería requerir esa licencia para los actos que después de volver á la compañía matrimonial marido y mujer, realizare ésta, como cumplidora en lo sucesivo del testamento.

El marido loco ó sordo-mudo (el segundo si en el auto fijando su incapacidad así se declara, según lo ordenado en el artículo 218) no podrán otorgar licencia alguna á la mujer. Ésta, por el contrario, es preferida, en primer término, para ejercer la tutela legítima de aquéllos, siendo mayor de edad; y por tanto, mejor podrá prescindir de autorización para desempeñar el albaceazgo.

La mujer de un declarado pródigo, ¿necesitará, con el referido objeto, su consentimiento? Aludimos principalmente al

caso en que la sentencia declarando la prodigalidad nada disponga respecto al particular.

El art. 224 afirma que esa declaración no priva al marido de la autoridad marital y paterna, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo. Pero, en cambio, el siguiente artículo preceptúa que la mujer del pródigo administrará los bienes dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal, necesitando para enajenarlos de la autorización judicial. Luego, si estos actos están vedados á un marido declarado pródigo, con más razón le estarán los que afecten á compromisos que contraiga la mujer por razón de un nombramiento de albacea que le fué hecho.

Entendemos, pues, que bajo tales consideraciones, la mujer se encuentra, para los efectos del párrafo 2.° de nuestro artículo 893, como si estuviera separada legalm ente de su marido, porque lo está de su tutela jurídica y de la representación legal dentro del matrimonio, que, en condiciones normales de vida, el Derecho ha instituido, velando por la unidad moral é integridad orgánica de esa nueva persona social creada por los dos cónyuges al unirse en vínculo indisoluble.

El párrafo final del art. 1.441 del Código todavía prevé un caso que lleva consigo la separación de bienes dentro del matrimonio, y que también autoriza para suponer que, cuando ocurra, la mujer casada podrá ser albacea sin licencia de su marido; ó sea, el de que éste se halle en situación de prófugo ó juzgado en rebeldía en causa criminal.

Si alguien estimara demasiado amplio y de exagerado alcance los términos en que vamos exponiendo la capacidad de la mujer casada para desempeñar funciones de ejecutor testamentario, sin precisar el consentimiento de su marido, le responderíamos que vamos siempre llevando por guía el espíritu igualmente expansivo de la disposición que comentamos, la cual ni da á entender en modo alguno la incapacidad de las mujeres solteras para ser albaceas, ya que pueden obligarse, ni revela incompatibilidad de ninguna clase entre la condición jurídica y ocupaciones características de la esposa dentro del matrimonio y las funciones del albaceazgo, cuando permite desempeñarlas á las mujeres separadas legalmente de sus maridos.

Obsérvese la diferencia, que cualquiera ha de advertir, entre el último apartado de nuestro art. 893 y el 1.716 al declarar éste que el menor emancipado puede ser mandatario, aunque el mandante sólo tendrá acción contra él, en conformidad á lo dispuesto respecto á las obligaciones de los menores; aun reconociendo que el albaceazgo es una especie de mandato, á cuya institución jurídica, según ya dijimos, se asemeja mejor que á ninguna otra.

Declara á este propósito el ilustre Rogron (*Code civil expliqué*) que el que ha conferido á un menor un mandato se expone voluntariamente, y no puede quejarse de las consecuencias, si la persona que en tal sentido ha escogido no le ofrece bastantes garantías; mientras que en el albaceazgo es el difunto el que elige el mandatario y los herederos los que corren el peligro de su gestión; y como ellos no le han designado, es justo que deba ofrecerles todas las garantías debidas y convenientes.

La prohibición del apartado último de la disposición que comentamos es bien expresa y clara. Desde el momento en que ni el padre ni el tutor pueden suplir la incapacidad del menor, en cuyas condiciones personales solamente se fijaría el testador, inútil es preguntar si un menor emancipado, ó habilitado para la mayor edad, ó que obtenga ésta por concesión de sus padres, puede ser legítimamente ejecutor testamentario. Decimos, respecto á ese menor, lo que ya expresamos de la mujer que no haya cumplido los veintitres años. Téngase en cuenta lo que sobre estos extremos disponen los artículos 317 y 324 del presente Código.

¿Podrán ser albaceas los extranjeros? Por regla general, entendemos que sí. El art. 27 del Código concede á aquéllos los mismos derechos civiles que á los españoles; y en efecto, sabemos que hasta pueden ser tutores y protutores, si residen en España. Si otra cosa se dispusiese en Tratados internacionales que celebrara con otras Naciones la nuestra, á ellos especialmente habría que atenerse, como asimismo lo tiene previsto el referido artículo 27.

Excusado, por último, parece advertir que, mediando alguna de las causas que hacen ineficaz un consentimiento, según el artículo 1.265, ó sea aceptando el albacea el cargo por error, violencia, intimidación ó dolo, se hallaría incapacitado para des-

empeñar sus funciones; aunque, desaparecidas tales causas, él, voluntariamente, y sin explicar los motivos que á ello le indujeran, dimitiría unas funciones que no están reputadas obligatorias.

ART. 894. El albacea puede ser universal ó particular.

En todo caso, los albaceas podrán ser nombrados mancomunada, sucesiva ó solidariamente.

Concordancias.—Igual al art. 895 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 895. Cuando los albaceas fueren mancomunados, sólo valdrá lo que todos hagan de consuno, ó lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, ó lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número.

Concordancias.—Igual al art. 896 del proyecto de 1882. Artículo 736 del proyecto de 1851.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. X, ley 6.ª*—Si muchos fueren los testamentarios, en cuya mano dexare alguno su testamento, todos deuen ser en vno para cumplirlo, si pudieren en aquella manera... Pero si acaesciere que todos non pueden y ser, o no quieren, lo que fizieren los dos, o el vno, deue valer, maguer los otros non se acierten y.

ART. 896. En los casos de suma urgencia, podrá uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su res-

ponsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente á los demás.

Concordancias.—Igual al art. 897 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 897. Si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, ni fija el orden en que deben desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñarán el cargo como previenen los dos artículos anteriores.

Concordancias.—El art. 898 del proyecto de 1882, que dispone lo contrario.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. X, ley 6.ª*—(Anotada al pie del art. 895.)

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 894, 895, 896 Y 897.—*Clases de albaceazgo; concepto jurídico de éste.*—Aparte de las clasificaciones de albaceas mencionadas en la introducción general á la presente sección undécima, vamos á ocuparnos ahora de la única que prevé el Código, aunque las demás, como hicimos ver, resulten de él y de otras leyes.

Realmente, del art. 894 se desprenden dos divisiones: la de los albaceas universales y particulares, y la de los mancomunados, sucesivos y solidarios. Pero también, de acuerdo con el legislador español, creemos que la segunda, más bien que división, da á entender la forma diversa de nombramiento y distinta responsabilidad de los ejecutores testamentarios, siendo éstos más de uno; haciendo relación asimismo á la manera ó ejercicio legal del cargo, á fin de que resulte debida y totalmente representada la persona del testador.

En el referido precepto no se definen los albaceas universa-

les y particulares; y verdaderamente no se siente tal necesidad. Los calificativos son bien comprensibles y corrientes, para que precisen explicaciones que ninguna luz añadirían al concepto.

El albacea que tenga la misión de ejecutar completamente las órdenes testamentarias, sin que en su esfera de acción se le ponga límite alguno, será universal, aunque así no se le califique en el testamento. El que aparezca exclusivamente propuesto para poner á los herederos en posesión de su participación hereditaria, organizar los funerales del testador, ó satisfacer los legados, ó conservar y custodiar los bienes relictos, ó cualquier otro encargo singular, será albacea particular.

Tampoco esa clasificación la encontramos prevista en el Derecho civil antiguo, y hasta el art. 895 del proyecto de Código de 1882 se sabía sólo, por clara deducción de las disposiciones legales, que los albaceas podían tener dentro de su cargo, ó la representación total ó la parcial del difunto; y sólo por dicho motivo, muchos tratadistas diferenciaban esas dos especies de ejecutores testamentarios.

Y en prueba de ello, la importante *Resolución* de la Dirección general de los Registros fecha 7 *de Enero de 1875*, dió autoridad legal á esa clasificación, al expresar en uno de sus considerandos que «el carácter y atribuciones de los albaceas testamentarios difieren, según que sean *universales*, que son los nombrados cuando el testador no instituye heredero, ó el designado carece de personalidad, como en el caso de instituirse al alma, ó *particulares*, que son los que se nombran ordinariamente para cumplir algún encargo piadoso ó auxiliar al heredero en las operaciones consiguientes á la liquidación y adjudicación del caudal hereditario; pues mientras los primeros, conforme la opinión de los más autorizados intérpretes de las leyes recopiladas, Matienzo, *Comentar. in lib. V, Recollet-reg. Hisp., glosa 1.ª, ley 14, tit. IV;* Carpio, *De execut. test., lib. I, capítulo I, núm. 48,* están equiparados á los herederos; los segundos sólo tienen el carácter de simples mandatarios, apoderados ó encargados, sin otras facultades que las que el testador haya designado taxativamente en la cláusula de su nombramiento».

La misma *Resolución* expresa más adelante que también la

jurisprudencia hipotecaria tiene establecido que «deben inscribirse los bienes de la herencia á favor de los albaceas universales, como si fueran tales herederos; y que el verdadero carácter de los albaceas particulares, como representantes de los herederos, se deduce:

1.° Del principio fundamental en materia de sucesión, de que la aceptación de la herencia se entiende hecha en el día en que tuvo lugar el fallecimiento del testador.

2.° De la facultad que concede á los herederos la *ley 2.ª, título X, Part. 6.ª*, para exigir fianza de los albaceas en determinados casos.

3.° De la prohibición que á éstos impone la *ley 12, tít. V, libro III del Fuero Real*, de vender los bienes de la herencia cuando los herederos se opusieran.

Y 4.° De la doctrina consignada por el Tribunal Supremo en *Sentencias de 23 de Octubre de 1857 y 20 del propio mes de 1859*, estableciendo que las facultades concedidas á los albaceas por los testadores para apoderarse de sus bienes, venderlos y repartir el sobrante entre los herederos, no los autoriza para proceder á la venta de bienes raíces, habiendo herederos necesarios y menores de edad, sin las formalidades establecidas por las leyes para las enajenaciones de bienes inmuebles pertenecientes á estos últimos.»

Se continúa expresando que, «no sólo la legislación civil y la jurisprudencia de los Tribunales coinciden en reconocer á los albaceas particulares el carácter de representantes de los herederos, sino también la moderna legislación sobre el impuesto de transmisión de bienes y derechos reales, como resulta de la *Real orden de 20 de Junio de 1866*, de conformidad con el Consejo de Estado en pleno, en la cual se dispone que cuando los albaceas particulares, facultados para enajenar los bienes del testador y distribuir su importe entre los herederos, venden algunos inmuebles antes de que acepten la herencia, están obligados á pagar al Tesoro el impuesto correspondiente, como si los dichos herederos hubiesen aceptado, reintegrándose en su día á los mismos del precio que hayan producido los inmuebles, cuya doctrina y resolución serían inaplicables y contradictorias si los albaceas, en el caso citado, tuviesen el carácter de mandatarios ó representantes

del testador; y si conforme al espíritu de la legislación y de la jurisprudencia civil anteriores á la publicación de la *ley Hipotecaria,* los albaceas particulares, al ejercer los actos para que fueron autorizados por el testador, representaban la persona del heredero testamentario ó *ab-intestato*, es evidente que, después de publicada aquélla, y atendidas las importantes modificaciones que la inscripción introduce en los modos de adquirir, conservar y perder el dominio de las cosas inmuebles, no deben en manera alguna los expresados albaceas ser considerados como representantes ó mandatarios del testador, sino del heredero, pues, de otro modo, podrian causar perjuicios irreparables, haciendo ineficaces ó ilusorias las garantías que la misma *ley Hipotecaria* ha establecido en favor de las personas que tienen derecho á los bienes del testador».

Se expresa, por último, en dicha importante *Resolución* que, «para comprender en toda su extensión y gravedad los perjuicios que podrian seguirse de reputar á los albaceas particulares como mandatarios, y hasta qué punto quedarian ineficaces disposiciones de la *ley Hipotecaria,* precisa tener presente:

1.° Que aquélla considera la herencia y el legado de cosa inmueble determinada como título translativo de dominio, y, por consiguiente, que deben inscribirse en el Registro antes de que los herederos ó legatarios puedan enajenar los bienes de este modo adquiridos.

2.° Que, conforme á la doctrina de los artículos 34, 36 y 38 de la propia ley, han quedado abolidas las acciones reivindicatorias, rescisorias ó de nulidad contra tercero que hubiere inscrito su derecho en los casos que taxativamente se determinan.

3.° Que para dejar á salvo los derechos y acciones de los herederos preteridos ó injustamente desheredados, de los que lo son en virtud de un testamento posterior ó de los *ab-intestato*, en el caso de que el inscrito fuera nulo, se dispone en el artículo 23 de la misma que la inscripción de la herencia ó legado no perjudicará á tercero hasta que hayan transcurrido cinco años desde su fecha.

4.° Que para dejar igualmente garantidos los derechos de los legatarios de finca determinada y de género, los cuales quedan privados de la acción revindicatoria contra tercero, y de la hipotecaria legal respectivamente, prohíbe dicha ley que el heredero

pueda inscribir antes de los ciento ochenta dias siguientes del fallecimiento del testador, sin intervención de los legatarios, cuya garantía se completa con la necesidad impuesta á todo heredero de presentar en el Registro el testamento íntegro; y, finalmente, que de todas estas garantías quedarían despojadas aquellas personas si se considerase á los albaceas particulares como representantes del testador, porque, no presentando en el Registro el testamento, sino la cláusula de su nombramiento, podrían vender todos los bienes de la herencia en perjuicio de los herederos forzosos, fincas legadas á un extraño, en perjuicio de éste, y privarían á los hijos, á los legatarios y á los herederos en virtud de un testamento posterior, ó á los *ab-intestato* de la acción que durante cinco años les concede el art. 23 de la *ley Hipotecaria*, si el abacea enajenaba como mandatario del difunto, y, como es consiguiente, sin la previa inscripción del título hereditario.»

Hemos insertado literalmente casi todo el contexto de la citada *Resolución* de la Dirección general de los Registros, para dar á entender la diferencia que en realidad existe entre el cargo de albacea, cuando comprende el cumplimiento de todas las disposiciones de un testamento, ó cuando se limita simplemente á la ejecución de determinados extremos de aquél.

Porque, en cuanto á los profundos razonamientos y luminosa doctrina expuestos por la Dirección general de los Registros, ya hemos manifestado nuestra opinión en el proemio del presente tratado, conforme con la *Sentencia* del Tribunal Supremo *de 4 de Julio de 1895*, dictada ya con vista del Código civil, la cual sostiene que los albaceas contadores-partidores tienen el carácter de mandatarios del testador y no de los herederos, cuya oposición, en su caso, no priva á los primeros de las facultades recibidas y aceptadas, ni del derecho á ser reintegrados de los gastos ocasionados por el mandato, cuando no se hayan extralimitado en sus facultades. A no ser que se convenga en que la anteriormente extractada Resolución hipotecaria y dicha importante sentencia se han inspirado en preceptos diversos, como pertenecientes unos al Derecho civil vigente antes, y otros al que hoy rige, la contradicción entre ambas disposiciones legales es bien manifiesta, porque, aun reputando á los albaceas contadores-partidores de una he-

rencia como una clase especial de ejecutores testamentarios, siempre será forzoso calificarlos de albaceas particulares, dentro de la clasificación de nuestro art. 894, pues no han sido encargados por el testador más que de la partición de sus bienes. Y la *Resolución* citada de la Dirección general de los Registros precisamente parte de la idea de que los albaceas particulares son, en todo caso, representantes del heredero y no del difunto.

Si se nos permite, por otra parte, medir nuestras fuerzas con autoridad tan respetable como la que dicta jurisprudencia en materias referentes al Registro de la propiedad inmueble, nos atreveríamos á replicar á los fundamentos antes insertos, diciendo sustancialmente (pues ampliaciones doctrinales son más propias del comentario de los artículos 901 á 903, que tratan del interesantísimo problema de las facultades de los albaceas testamentarios) que algunas de las razones invocadas en esa *Resolución* son secundarias con relación á las que se basan en principios fundamentales del Derecho civil. El que las leyes fiscales exijan á los albaceas que vendan bienes antes de que se acepte la herencia por los herederos, el pago de un impuesto sin perjuicio del reintegro correspondiente, caso de que dicha aceptación se verifique, supondrá que el fin de dichas leyes, como se comprueba con frecuencia en otras circunstancias y materias, es el cobrar los impuestos con anticipada prelación, á reserva de indemnizaciones y derechos, la cual muchas veces es más fácil establecer que hacer efectiva en su día.

Por otra parte, y confirmando la suposición que antes apuntábamos, ha desaparecido en el Código, según deduciremos en el curso de estos comentarios, el derecho que la *ley 2.ª, tít. X, Partida 6.ª*, concedía á los herederos de exigir fianza á los albaceas en determinados casos.

Debemos distinguir, además, especies que ya en otro sitio puntualizamos, pues se habla en la *Resolución* tantas veces citada, ya de que los albaceas son mandatarios, ó ya de que son representantes del testador.

Entre el testador y el ejecutor testamentario media un contrato ú obligación que conviene con el mandato en muchos é importantes extremos. No podrá, repetimos, válidamente sostenerse que todo albacea deja de ser verdadero representante de

quien lo ha nombrado é investido de especiales ó generales facultades para después de su muerte, sólo porque en determinados detalles ó circunstancias en que puede encontrarse al cumplir su misión, esté obligado á entenderse con los herederos y á recibir instrucciones y aprobación de éstos, como, por ejemplo, y según ya diremos más adelante, al satisfacer los legados que consistan en metálico, al tomar precauciones para la custodia y conservación de los bienes hereditarios, al prorrogar el plazo del albaceazgo, etc.

Quede, por otra parte, establecido que esa distinción de ejecutores testamentarios universales y particulares envuelve cuestión algo más que de palabras. El universal está equiparado en atribuciones al heredero, lo que no acontece con el albacea particular, el cual no puede obrar, en caso alguno, fuera de los términos concretos y limitados que comprenda la cláusula de su nombramiento. Repetimos que estos diversos efectos aparecerán mejor comprendidos y comprobados al tratar de las facultades de los albaceas.

***

Albaceazgo mancomunado y albaceazgo solidario.—La frase «en todo caso» con que comienza el segundo apartado del artículo 894, significa que los albaceas han de ser siempre ó universales ó particulares, y cualquiera de estas clases ha de entenderse forzosamente establecida, ya en la forma mancomunada, ya en la sucesiva ó ya en la solidaria, si el cargo se confiere á más de una persona.

Se reputarán albaceas nombrados *mancomunadamente* como este mismo adverbio lo revela, los que deben proceder siempre en conjunto al desempeño de su comisión; nombrados *sucesivamente* los que, por escalonamiento ó graduación, aparecen designados por el testador, de tal suerte que, faltando el primero ó los primeros designados, entren á sustituirles los que se hallen en segundo lugar, y así *sucesivamente;* y, por último, nombrados *solidariamente* los que tienen facultad para proceder en el cumplimiento de las últimas voluntades, ya conjuntos, ya separados, de manera que es válido lo ejecutado por cualquiera de ellos, y obliga en forma á las personas que

contraigan con él, por razón de su cargo, relaciones de derecho.

Comprobación de tales conceptos son las disposiciones de los artículos 895 y 897, pues el primero establece que cuando los albaceas fueran mancomunados, sólo valdrá lo que *todos hagan de consuno*, ó lo que haga uno de ellos *autorizado por los demás*, ó lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número, porque, según la ley llamada de las mayorías, lo que éstas acuerdan se entiende resolución del cuerpo social de que proceden; y el citado art. 897 alude á un ejercicio distinto del cargo, al del desempeño de éste bajo el régimen de la solidaridad por las varias personas designadas por el testador.

Respecto á la forma en que han de proceder los testamentarios, siendo éstos varios, puede decirse que en los Códigos y en los autores hay sistemas para todos los gustos y opiniones. El Rey Sabio, en la ley de *Partida* anotada en los *Precedentes legales*, tenía dispuesto en general que, cuando hubiera varios albaceas, debía procurarse que todos ejercieran sus funciones, á no ser que algunos no quisieren ó no pudieren, en cuyo caso valdría lo que uno ó dos hiciesen. Substancialmente aceptó esta doctrina el *art. 736 del proyecto de 1851*, al declarar que cuando son dos ó más los albaceas, y no puedan ó no quieran intervenir todos, valdrá lo que haga el menor número, aunque sea uno solo.

Hay Códigos, como el portugués (párrafo único del art. 1.904), que llegan á preceptuar que si dos testamentarios, una vez aceptada la herencia, no pudiesen venir á un acuerdo respecto al modo de ejecutar el testamento, caducará su intervención, pasando la ejecución á quien compitiese, á falta de aquéllos.

El art. 3.870 del Código de la República Argentina, para el caso de tal desacuerdo, estatuye que las discordias serán dirimidas por el juez de la sucesión.

Según el Derecho francés, aun habiendo varios ejecutores testamentarios que hayan aceptado, uno solo podrá obrar en defecto de los otros (art. 1.033 del Código Napoleón).

Nuestro art. 895, como los demás concordantes con el mismo, ha seguido un criterio de acuerdo con lo dispuesto en otra parte del Código, ya que el desempeño del cargo de albacea representa una verdadera obligación. Aludimos al art. 1.137, en

el que se da claramente á entender que la concurrencia de dos ó más deudores (y por tales reputaremos al presente á los albaceas) en una obligación, no implica que *cada uno* deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma, á no ser que aquélla se hubiera establecido con el carácter de solidaria.

El art. 895 da ya por supuesto, como es natural, que esos albaceas mancomunados sean los que realmente aceptaron el cargo, holgando, por tanto, referirse, como hacen otros Códigos, á aquellos que no quieran aceptar, á los incapaces, á los que no puedan desempeñar tales funciones. Por esto dice la *Sentencia de 18 de Junio de 1864* que si son tres los albaceas que nombra el testador, la incapacidad de uno no basta para privar á los otros dos de sus facultades, ni tampoco para dejar sin efecto lo que hayan hecho todos tres juntos y de común acuerdo.

Puede, sí, darse el caso, y hasta ser corriente, de que entre los albaceas que acepten su comisión y sean perfectamente aptos y hábiles para desempeñarla, haya quienes se nieguen, no obstante, á ejercerla en determinadas circunstancias. Para entonces, y sin perjuicio de lo que en contrario diga el testamento ó de la responsabilidad que pudiera hacerse efectiva contra el moroso, á los efectos del art. 899 que luego examinaremos, ¿existiría, con arreglo al Código, inconveniente en aplicar, aun por analogía, la doctrina que contiene la *Sentencia de 18 de Marzo de 1865*, según la que, cuando se nombren varios albaceas, confiriendo á todos facultad para cumplir el testamento, sin hacerlo á cada uno de ellos *in solidum*, no se entiende por esto que si la mayor parte de los albaceas no quisieran ó no pudieran desempeñar el albaceazgo, dejará de hacerlo el que quede, por más que no fueren nombrados *in solidum*, puesto que tal cláusula, más que para privar al que no la tenga de la facultad de obrar por sí solo en el cumplimiento de su encargo, cuando sus compañeros se hallen incapacitados ó no quieran desempeñarlo, tiene por objeto autorizar al que primero intervenga en la testamentaría para continuarla hasta su terminación, sin la concurrencia de los demás nombrados? Por más que sintamos no encontrar prescrito en el Código el caso concreto que antes preveíamos, pues no dejará de ser frecuente en la práctica, los términos explícitos del ar-

tículo 895 no deben dejar duda sobre el particular: habiendo varios albaceas mancomunados, que hayan aceptado el cargo, no *valdrá* sino lo que todos *hagan de consuno*, ya, como el precepto expresa, autorizando á uno de ellos para que intervenga en nombre de los demás, ó ya resolviéndose las disidencias y discordias por el voto de la mayoría.

Por algo el testador estableció la forma mancomunada y el legislador la impone como regla general, confiando el primero al hacerlo así en todos los albaceas por él designados y no en algunos solamente.

Se comprenderá que la citada *Sentencia de 1865*, por su fecha, aun aplicándola al caso en que los albaceas no quieran ó no puedan desempeñar el cargo después de aceptado, está en relación con la legislación civil anterior, consignada, sobre el particular, como ya sabemos, en la *ley 6.ª, tit. X, Partida 6.ª*, la cual autorizaba (sin distinción de mancomunidad ó de solidaridad, ni aun de nombramientos sucesivamente hechos) para que uno ó dos ejecutores testamentarios interviniesen en el cumplimiento del testamento, en cuyo sentido dice Gutiérrez (*Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo III, página 570): «que si bien, en caso de duda, la potestad de los albaceas no se presume concedida *in solidum*, hay que considerarla tal cuando, por causa legítima, como enfermedad continua ó larga ausencia, no pueden concurrir todos los nombrados, y quedan dos ó uno solo para desempeñar su *mandato*.»

*
* *

El precepto del art. 896, traído del *Proyecto de 1882*, que á su vez lo copió del 3.693 del Código mejicano, puede ser en ocasiones de oportunidad y de eficacia práctica, si se tiene presente la prohibición que comprende el artículo anterior, de no estimar válido lo que hagan algunos albaceas sin el concierto con los demás, cuando unos y otros son nombrados según la regla general que en esta materia establece el Código español.

Concíbense, en efecto, circunstancias en las que si la ausencia ó imposibilidad momentánea de uno ó más testamentarios privaran de personalidad y acción á sus compañeros, darían

lugar á perjuicios de consideración para la herencia, por tratarse quizá de diligencias y actos de inaplazable realización. Contestar á una reclamación dirigida contra la herencia dentro de un término perentorio é improrrogable, hacer valer un derecho de inmediata prescripción en un plazo, transcurrido el cual, aquél fenece; arreglar el funeral del testador ó su enterramiento, proceder á la denuncia de un malversador ó sustractor de bienes hereditarios, etc., son todos trámites y operaciones que no pueden aplazarse en la gran mayoría de los casos para cuando se hallen reunidos todos los albaceas mancomunados que nombró el testador.

Ese precepto, claro es que no necesita ser previsto por los Códigos que no admiten la mancomunidad como regla general, pues al establecer, en lugar de aquélla, la forma solidaria de obligarse, excusado sería que dieran cabida á una disposición que autoriza la solidaridad sólo excepcionalmente, que es lo que hace el artículo que comentamos.

La frase «*suma urgencia*», señalada por aquél como cortapisa, indica que la facultad que concede á los albaceas ha de ejercerse sólo en contados casos, en los que se ofrezca como posible un perjuicio para la herencia; cuando de esperar el momento en que todos los testamentarios se hallaren presentes para autorizar la diligencia ó diligencias apremiantes pudiese el perjuicio sobrevenir. Sin embargo, los Tribunales, en los casos que ante ellos se ventilen, definirán mejor y en concreto esa suma urgencia, la cual, á veces, será de apreciación relativa, sobre todo en lo que se refiera al mayor ó menor grado de la imposibilidad del aplazamiento.

No vaya á creerse, como á primera vista pudiera ser entendido, que el art. 986 alude á una ratificación que deban prestar los albaceas no presentes ó no concurrentes al acto de realización perentoria. Tal ratificación entendemos que es innecesaria, porque, en primer lugar, ese artículo no exige sino que *se dé cuenta* inmediata á tales albaceas del referido acto ó actos; y, en segundo lugar, los que intervinieron en éstos responden personalmente, según el propio precepto, de las consecuencias que con tal motivo ocasionen.

* * *

Albaceazgo sucesivo.— Hay una tercera forma de nombramiento, que ya hemos visto establecida en el art. 894, además de las mancomunada y solidaria, ó sea la sucesiva, definida al principio del comentario. Esa última forma (sucesiva) puede también adoptar las otras dos, porque es lícito al testador establecer un *orden de suceder* en el albaceazgo, designando á los primeramente nombrados para que intervengan juntos ó de consuno; y proceder de igual manera respecto á los que señale sucesivamente, también á unos y á otros, con carácter solidario, ó, del propio modo, á unos con carácter de mancomunidad y á los demás de solidaridad.

De suerte que la forma sucesiva no se corresponde lógicamente, en la clasificación de albaceas de que venimos tratando, con las otras dos formas mancomunada y solidaria. Éstas deben constituir los únicos términos de esa división, porque representan el anverso y el reverso de la manera de desempeñar el cargo de ejecutor testamentario, por razón de la diversidad de derechos y obligaciones inherentes á cada uno de ellos.

La forma sucesiva más bien podría significar el término de comparación ó lugar en la clasificación del modo como los albaceas aparecen nombrados en el testamento; es decir, los albaceas, ó lo son para que uno ó todos entren desde luego en el ejercicio de sus funciones, ya en forma mancomunada ó ya solidaria, ó lo son por orden sucesivo de tiempo y circunstancias, de suerte que los en segundo lugar designados, en ningún caso se posesionen del cargo hasta que conste que los primeros, á quienes otorgó preferencia el testador, no quieran ó no puedan cumplir su cometido.

***

Correlación de las obligaciones del albacea con la forma del albaceazgo.—Esas mismas tres formas de albaceas mancomunados, sucesivos y solidarios establece el art. 897, al preceptuar que si el testador no establece la solidaridad de aquéllos, ni fija el orden en que deben ejercer el cargo, se entenderán nombrados mancomunadamente y lo desempeñarán como previenen los dos artículos anteriores.

Tal disposición guarda perfecta congruencia con la del ar-

ticulo 1.137, perteneciente al libro 4.º del Código, Tratado de disposiciones generales sobre obligaciones; según cuyo precepto, la concurrencia de dos ó más acreedores ó de dos ó más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho á pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar á ésto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.

El art. 898 del *proyecto de 1882* disponía que si el testador no establece mancomunidad entre los albaceas, ni fija el orden en que deben cumplir su encargo, se entenderán nombrados solidariamente, y desempeñarán el albaceazgo todos juntos ó cualquiera de ellos.

Es decir, el legislador español, contra el precedente de varios Códigos extranjeros y aun de su penúltimo pensamiento sobre la materia (proyecto de 1882), pretende que la forma de obligarse los albaceas cuando se trate de varios, sea, por regla general, la mancomunada; y sólo por excepción admite la solidaria, es decir, cuando clara y terminantemente aparezca expresado así. Por esto comienza disponiendo el art. 897 que «*si el testador no establece claramente la solidaridad*», ni fija nombramientos sucesivos de albaceas, éstos obrarán mancomunadamente, según llevamos explicado en este mismo comentario y en las ampliaciones que á continuación expondremos.

Las reclamaciones de los herederos ó acreedores hereditarios, sólo serán eficaces contra todos los albaceas mancomunados; y si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados á suplir su falta; lo que se desprende del artículo 1.139.

Algunos Códigos extranjeros, como el de Guatemala (artículo 905), establecen que es solidaria la responsabilidad de los albaceas mancomunados, á pesar de que en el artículo precedente (904) expresa que puede conferirse el albaceazgo á una ó más personas para que lo ejerzan mancomunadamente ó una después de otra. Igual disposición contiene, en sustancia, el apartado primero del art. 1.904 del Código portugués.

El chileno dice todavía más; declara en el último párrafo de su art. 1.283 que el testador podrá autorizar á los ejecutores testamentarios para obrar separadamente; pero por esta auto-

rización no se entenderá que los exonera de su responsabilidad solidaria.

¿Regirá esta última doctrina en nuestro Derecho civil, ya que la siguen legislaciones que admiten la mancomunidad de los albaceas como regla general? Creemos que no. Á falta de expresión sobre el particular, de los artículos que comentamos, habremos de acudir á las reglas generales sobre obligaciones mancomunadas y solidarias, á que antes ya aludimos; viniendo el citado art. 1.139 á confirmar, en cierto modo, nuestra negativa, que también autoriza el anterior precepto 1.138, al estatuir que si del texto de la obligaciones no resultare otra cosa, el crédito ó la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores ó deudores haya, reputándose créditos ó deudas distintos unos de otros.

Según ya tenemos indicado, en el problema ó poblemas objeto del presente comentario, los albaceas vienen á representar el papel de deudores en la obligación que voluntariamente aceptaron, puesto que están llamados á prestarla, á solventarla, á levantar la carga impuesta por el testador. Acreedores serán los herederos, los legatarios, todos los que reciban algún beneficio por el testamento, los que tengan derechos ó sean interesados, directa ó indirectamente, en la herencia.

Pues bien; si los deudores mancomunados se obligan solo cada uno por la parte respectiva, según la distribución de iguales porciones en que se considera dividida la deuda, el albacea mancomunado únicamente podrá ser demandado por lo que afecte á esa parte; y la responsabilidad, por tanto, de que haya de dar cuenta será la alícuota que en su virtud le corresponda, según el número de sus colegas. Huelga casi el advertirlo: esta doctrina regirá si el testador no dejó prevista otra cosa.

Si se trata, por consiguiente, de reclamar indemnización de perjuicios por actos que realizaron indebidamente albaceas mancomunados, todos ellos podrán ser compelidos á que satisfagan el total de dicha indemnización; sin que la insolvencia de uno ó varios perjudique á los demás que no se encuentren en el propio caso, como ya hemos visto que preceptúa el art. 1.139.

Cuando el testador establezca la solidaridad, único supuesto en que regirá aquélla para los ejecutores testamentarios, uno solo podrá intervenir á falta de los otros; es decir, cualquiera

de ellos puede cumplir el testamento, reputándose tan válidos los actos en que intervenga como si todos obraran de consuno.

Los que tengan que ejercitar algún derecho ó reclamación contra los albaceas solidarios, están facultados del propio modo para dirigirse contra cualquiera de ellos, perjudicando tal reclamación á todos los demás, como lo da á entender el párrafo segundo del art. 1.141; pues, como añade el 1.144, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios ó contra todos ellos simultáneamente, no siendo obstáculo las reclamaciones entabladas contra uno para las que con posterioridad se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo.

De la propia suerte, el cumplimiento del testamento por uno de los albaceas solidarios libera á los demás de la obligación que contrajeron por su voluntad, teniendo sólo aquél derecho á reclamar de sus compañeros las sumas que, sin ser de cargo de la herencia, personalmente desembolsó para la práctica de su cometido. Esto se deduce de la doctrina que regula el artículo 1.145, cuyo último apartado estatuye que la falta de cumplimiento por insolvencia del deudor solidario será suplida, á prorrata de la deuda de cada uno, por sus codeudores.

Por último, y á los efectos del art. 1.148, el albacea solidario podrá utilizar contra las reclamaciones de los interesados en la herencia todas las excepciones que se deriven de la naturaleza del cargo de ejecutor testamentario y las que á él le sean personales; y de las que personalmente correspondan á los demás, sólo podrá servirse en la parte del referido cargo de que éstos fueran responsables.

Según la *Sentencia de 8 de Abril de 1879*, el albacea *in solidum* tiene personalidad para gestionar todo lo concerniente á la testamentaría y promover el desahucio de las fincas á ella pertenecientes.

También la *Sentencia de 24 de Diciembre de 1890* dejó establecido que, habiendo el testador conferido á todos y cada uno de los albaceas facultades amplias é *in solidum* para la libre, franca y general administración de los bienes, es improcedente la reclamación entablada por dos de ellos contra el otro albacea por su gestión en los bienes de la testamentaría, pues

no tienen sobre él mayor autoridad ni relación alguna jurídica de qué derivar su derecho.

Finalmente, en *Sentencia de 1.° de Diciembre de 1891,* con referencia á testamento en que se declara por la otorgante que nombraba por sus albaceas y pios ejecutores á varias personas, *todas juntas* y *cada una de por sí,* con cuantas facultades fuesen necesarias en derecho, se califica á dichos albaceas de solidarios; no teniendo este carácter, sino el de mancomunados, otros albaceas contadores, que también nombra, designando á uno para que, *juntamente* con otro, practique todas las diligencias de la testamentaría, limitando así de un modo claro las facultades de estos últimos, ó sea de los que han de dividir el haber hereditario.

ART. 898. El albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes á aquel en que tenga noticia de su nombramiento, ó, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador.

Concordancias.—Igual al art. 899 del proyecto de 1882 y en parte al 739 del de 1851.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 899. El albacea que acepta este cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo; pero lo podrá renunciar alegando causa justa, al prudente arbitrio del Juez.

Concordancias.—Igual al art. 900 del proyecto de 1882 y en sustancia conforme con el 739 del de 1851.

PRECEDENTES LEGALES. – *Fuero Real, libro III, tít. V, ley 12.*—...E si rescibiere (el cabezalero) la cabecera, despues-no la pueda dexar: e responda á los que debieren haber alguna cosa de la manda...

ART. 900. El albacea que no acepte el cargo, ó lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima.

Concordancias.—Igual al art. 901 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, tít. V, lib. III, ley 12.*—...Otrosí, mandamos, que si el cabezalero, en que dexare el muerto su manda no quisiere ser cabezalero della, que pierda lo que le mandó el muerto...

Part. 6.ª, tít. X, ley 8.ª—Por malicia, ó por descuydamiento, non queriendo los testamentarios cumplir las mandas, que ouiesse alguno dexado en su mano, si por tal razon como esta, seyendo amonestados, fueren tollidos deste officio por juyzio, pierden aquella parte que deuen auer en el testamento. Fueras ende, si alguno dellos fuesse fijo del testador, ca este atal non deue perder la su legitima parte, que los fijos deuen auer en los bienes del padre, por razon de la naturaleza, segun diximos en el titulo de los testamentos en la ley que comiença: Religiosa vida.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 898, 899 Y 900.—*Aceptación y renuncia del albaceazgo.*—Pudiera titularse la materia que regulan los tres artículos transcritos, «aceptación y renuncia del cargo de albacea». En ellos, efectivamente, se examina, ante todo, el importante extremo del cual nacen las obligaciones y se producen las responsabilidades consiguientes á todo ejecutor testamentario: la aceptación del cargo. La mera designación por el testador no determina compromiso alguno para el designado. Aceptada expresa ó presuntamente la propuesta, mostrando su voluntad en el sentido de responder á la misión de confianza

que se le señaló, es como se pone en condiciones jurídicas para tener derechos y ser compelido al ejercicio de deberes.

Puede desligarse de unos y otros, no prestándose á aceptar el cargo, ó renunciándolo después que lo hubiera aceptado.

La declaración con que comienza el art. 898 es indudablemente esencial y muy oportuna. De ella han de derivarse consecuencias importantes, que examinaremos.

Nadie está obligado á aceptar el albaceazgo, ni aun siendo heredero de quien le nombró, pues, aun en este caso, como dice el art. 900, el propuesto queda en libertad de admitir ó no ese cargo, perdiendo, si lo rehúsa, sólo lo que exceda de la legítima debida.

Afecta el albaceazgo de manera exclusiva á intereses privados, y natural es, por tanto, que la ley no use de medios coercitivos para que aquéllos resulten más atendidos que lo puedan estar por la misma voluntad de los propios interesados. No puede, pues, equipararse la naturaleza de ese cargo á la del tutor y protutor, por ejemplo, cuyas funciones, según el art. 202 del presente Código, no son renunciables sino en virtud de causa legítima, debidamente justificada.

***

Modos de aceptación del cargo de albacea.—Del contexto del artículo 898 y demás que á él hacen referencia, se desprende que la aceptación del cargo de albacea puede hacerse expresa y tácitamente. La primera forma es excusado explicarla; se lleva á cabo en cualquiera de los modos que supongan la voluntad del designado por el testador, de prestarse á ejecutar el testamento en que fué propuesto.

La manera tácita de aceptar un albaceazgo se encuentra en dicho mismo art. 898: es decir, se aplica al que no se excusa de desempeñar aquél dentro de los seis días siguientes al en que tuviese noticia de su nombramiento, ó siéndole conocido, dentro del mismo término, contado desde que supo la muerte del testador.

De ese precepto asimismo se deduce que, tratándose de la

renuncia de la función de testamentario, no cabe más que la forma expresa, aunque no sea precisamente solemne. El que figura propuesto como albacea por el testador, no puede de modo pasivo significar que se abstiene de hacerse cargo del albaceazgo; necesita ejecutar un acto, manifestar el hecho de la renuncia á fin de que, por su silencio, no se deduzca la aceptación, según lo explica el art. 898.

Dirigida, por tanto, una reclamación judicial contra el albacea para que se preste á desempeñar cargo que no renunció en los plazos que ese precepto señala, incumbirá al reclamante probar si el demandado estaba enterado del nombramiento que en él recayera, y en su caso, además, de la muerte del testador; á pesar de lo cual, en los seis días siguientes á los en que adquirió esas noticias, nada había expuesto en contra de la aceptación del albaceazgo.

***

Renuncia del albaceazgo: sus clases y causas.—Del examen conjunto y comparado de los tres artículos cuyo comentario es nuestro objeto presente, venimos en conocimiento de que se pueden dar dos clases de renuncia de las funciones de albacea: la renuncia que se haga en los tiempos que marca el art. 898, y la que se realice después de la aceptación, por causa justa, apreciable al prudente arbitrio del Juez, según expresa el artículo 899.

La primera es completamente libre, como que responde á la naturaleza del cargo, de aceptación voluntaria. La única restricción que en este caso es justo que se imponga, refiérese al plazo en que ha de manifestarse la excusa ó renuncia, con el objeto de que los herederos y demás interesados en la sucesión sepan á qué atenerse, sin que un silencio ó pasividad indefinidos sean obstáculo al pronto y legal cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

La segunda forma de renuncia se explica porque, aceptado previamente el cargo, se ha contraído un compromiso, el cual no ha de poder ser burlado á capricho del albacea, cuando pueden hallarse pendientes del mismo intereses respetables, y

cuando, por consecuencia, procederá aplicar una sanción que, según veremos, el Derecho impone al que desatiende ó desaira las pruebas de confianza con que el testador le distinguió.

La renuncia no establece, en ningún caso, solución de continuidad en la ejecución del testamento. Las leyes tienen previstas todas las contingencias que pueden darse sobre el particular; y, al efecto, caso de que entre los mismos albaceas no quepa la sustitución de unos por otros, hay personas que, según ya dijimos, por derecho propio, entran en el ejercicio del cargo. En corroboración de esta idea, la *Sentencia de 16 de Noviembre de 1859* enseña que la admisión de la renuncia del cargo de albacea no impide la continuación del juicio sobre nulidad del testamento en que se hizo el nombramiento.

Los seis días á que se refiere el art. 898 se contarán según prescribe el mismo art. 7.º del Código; es decir, los días de veinticuatro horas, sin tener en cuenta para nada los festivos, pues no se trata de términos procesales.

No exigen los preceptos que comentamos, ni podían exigir, que tal excusa se formule ante autoridad alguna, porque, como ya tenemos dicho, no se trata de renuncia de un cargo que se ha aceptado, sino de dejación, de abandono, de separación de funciones que no se ha pensado admitir ni cumplir. Por tanto, holgaría acudir á funcionario alguno público, cuando á éste no le corresponde facultad alguna para declarar aceptable ó no esa excusa, aunque concurran ó no determinados requisitos. La excusa, por cualquier motivo en que aparezca fundada, ó sin necesidad siquiera de alegarla, tiene que ser admisible, legítima y válida para los efectos del desempeño del albaceazgo, por ser éste cargo voluntario; sin que, en consecuencia, deba obligarse al renunciante á que explique las razones de su proceder.

Y basta que se haga á los herederos, ó á cualquiera que se halle interesado en la herencia y hasta manifestando el excusante su voluntad á distintas personas. No obstante, como medida de prudencia, aconsejamos á los albaceas, cuando ocurra el caso de renuncia de uno ó varios, y á dichos interesados, que traten de acreditar la manifestación de la excusa en la forma más fehaciente posible, para evitar en lo porvenir cuestiones nacidas de la incertidumbre con que pudiera ofrecerse la exis-

tencia de dicha excusa. Así sucederá, por ejemplo, tratándose de un albacea que, deseando figurar como tal, y previa la manifestación de no haber intentado siquiera rechazar el cargo, aparezca sustituído por los que legalmente, en su caso, están llamados á reemplazarle.

De suerte que el art. 898 no regula ninguna forma de renuncia del albaceazgo. El que lo hace es el siguiente (899), que ya parte del supuesto de haber el testamentario comenzado á ejercer sus funciones, lo cual le obliga, como expresa ese segundo artículo, á desempeñarlas; y *sólo* por excepción puede dejar de cumplir tal deber, asistiéndole algún motivo razonable, alguna causa fundada, los que, además, no podrá él por sí mismo, sino el criterio judicial, discernir; porque, de otra suerte, quedaría quebrantado el principio general expresado de la obligación de desempeñar un albaceazgo que se acepte.

No parece tarea tan fácil la de señalar la norma jurídica á que deben responder esa *causa justa* y ese *prudente arbitrio;* frases de vago significado, que el art. 899 pone como límites á la facultad de renuncia concedida á todo albacea que ha entrado en posesión de su cometido. Tampoco es más explícito sobre el particular el art. 1.278 del Código chileno, al disponer que, aceptando expresa ó tácitamente el cargo, está el albacea obligado á evacuarlo, excepto en los casos en que es lícito al mandatario exonerarse del suyo; sobre lo cual, ya hemos dicho con repetición que el mandato supone un pacto, en el cual libremente entraron mandante y mandatario; por tanto, no cabe renuncia del segundo en sus obligaciones, siempre que vaya contra lo convenido, so pena de indemnizar todos los perjuicios que cause al que con él contrató.

Pueden servir de norma, aunque no única, las causas que constituyen excusa legal respecto de los cargos de tutor ó protutor, pues éstos, según ya tenemos dicho, son, por regla general, obligatorios.

Desde luego, cabe admitir como válidos para el albaceazgo todos los motivos enumerados en el art. 244 del Código; pudiendo, pues, cualquier Tribunal, si obra con arreglo á prudente arbitrio, reputar en justicia por excusas legítimas las que aleguen los Ministros de la Corona, los Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Su-

premo, del Consejo Supremo de Guerra y Marina y del Tribunal de Cuentas del Reino, los Arzobispos y Obispos, los Magistrados, Jueces é individuos del Ministerio Fiscal, los que ejerzan autoridad que dependa inmediatamente del Gobierno, los militares en activo servicio, los eclesiásticos que tengan cura de almas, los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos, los que fueren tan pobres, que no puedan atender al albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia, los que, por el mal estado de su salud, ó por no saber leer ni escribir, no pudieren cumplir bien los deberes del cargo; los mayores de sesenta años y los que fueren ya albaceas de otra persona.

Argumentando, pues, legalmente, si las funciones del tutor y del protutor son de carácter público y obligatorio, y cabe eximirse de ellas por los motivos antedichos, con mucha más razón deberán constituir éstos, causas justas, que un prudente arbitrio judicial estimará como suficiente para el abandono de un albaceazgo admitido y hasta comenzado á ejercer.

Por la propia razón, además de esos motivos es justo admitir otros, procurando, sin embargo, en todo caso, no rebasar las limitaciones que contienen las últimas palabras del art. 899, es decir, siempre que dichos motivos comprendan causa justa, que pueda ser calificada de tal por el prudente arbitrio de un Juez.

Serían, en tal sentido, á nuestro juicio, causas justas por ejemplo, las que se refieran á múltiples y preferentes quehaceres del albacea, diversos de los que supone este cargo, á enemistad grave entre él y los demás interesados en la sucesión, á la ausencia de aquél, aun no siendo definitiva, del lugar en que tuviera por necesidad que cumplirse el testamento, y otras de índole análoga.

El art. 906 del Código guatemalteco pone como condición precisa la de que el albacea no se halle ejerciendo, al entrar en posesión del cargo, las funciones de Magistrado, Juez ó Fiscal, llegando á disponer, en el párrafo segundo del siguiente artículo, que los Magistrados, Fiscales ó Jueces que, á la publicación de dicho Código, ejerzan funciones de albaceas, deberán renunciar el albaceazgo ó separarse de la Magistratura, Fiscalía ó Juzgado que sirvan.

* * *

Procèdimiento para la renuncia del cargo de albacea con posterioridad á su aceptación.—La *Resolución* de la Dirección general de los Registros *de 22 de Octubre de 1897* ha reconocido que, aceptado el cargo de albacea, es éste, por ministerio de la ley, el único capacitado para representar la personalidad del testador y ejecutar su voluntad con eficacia legal, hasta el punto de tener que desempeñarlo con carácter obligatorio y no poderlo renunciar sino judicialmente; en cuya virtud procedió correctamente un Registrador negándose á inscribir las particiones verificadas por quienes no estaban autorizados por el testador para este trabajo, aun cuando tuviesen el carácter de herederos, que, para el cumplimiento de disposiciones de carácter preceptivo, es indiferente; siendo totalmente ajena á esta cuestión la de examinar si queda, de todos modos, bien cumplida la voluntad del testador, pues, por bien ejecutado que se halle un acto, si no lo realiza el que debe y puede, resulta, por la sola razón de falta de personalidad y capacidad, enteramente nulo.

La *Sentencia de 14 de Febrero de 1898* sienta la doctrina de que, deduciéndose rectamente de los documentos y actos invocados en el recurso y de la apreciación de la Sala sentenciadora que, lejos de abandonar un albacea (de cuatro que el testador nombró como jueces árbitros, dándoles á todos y cada uno *in solidum* poder cumplido para que hicieran el inventario, cuenta, partición y adjudicación de los bienes de la herencia) sus facultades, ó sea las de cumplidor de la voluntad expresa y presunta del testador, según la definen los artículos 901 y 902 del Código civil, lo que pretendió fué ejercer aquélla exclusivamente con tal nombre ó con el carácter más amplio de heredero, y limitar ó excluir á los demás albaceas, lo cual, no sólo es diverso, sino contrario al supuesto abandono y renuncia que se le atribuye: Y la sentencia que estima no haber lugar á declarar que dicho albacea había renunciado su cargo, ni á removerle de éste, no infringe los artículos 899, 900 y 910 del expresado Código.

Nada indica ni á ninguna regla ó reglas procesales alude el primero de dichos preceptos para dar una determinada tramitación á las renuncias de albaceazgo que se promuevan y resuelvan ante los Tribunales de justicia.

Habremos, pues, de deducirla de los principios generales en materia de Derecho de procedimientos.

Por de pronto, no habrá inconveniente alguno en considerar, á los efectos rituarios, tal renuncia como un verdadero acto de jurisdicción voluntaria, pues siguiendo la definición del artículo 1.811 de la *ley de Enjuiciamiento civil*, en él no es necesaria, ni se solicita, la intervención del Juez por estar empeñada ó por promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. Podrá, sí, en algún caso, después, formularse oposición á la renuncia del albacea por parte de los herederos ó de algún otro interesado en la herencia; mas si eso ocurre, el expediente de jurisdicción voluntaria promovido se convertirá en contencioso, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará á los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía, como dispone el artículo 1.817 de la expresada ley de enjuiciar.

Será Juez competente para entender en esa clase de renuncias, á nuestro juicio, el que determina la regla 19.ª, art. 63 de dicha ley, pues en ningún otro principio general sobre competencias podemos considerar incluído el presente caso, que no fué ni en el Código civil ni en el procesal, previsto por el legislador. Equiparamos, al efecto, la renuncia de un albacea, después que éste haya entrado en el ejercicio del cargo, á la excusa del tutor, comenzado ya el desempeño de la tutela; y, por tanto, creemos que dicho Juez competente será el del lugar en que se viniere ejerciendo el albaceazgo en su parte principal, á no ser que se hallare en tramitación el oportuno juicio de testamentaria, porque entonces lo accesorio debe de seguir á lo principal, y en las incidencias de dicho juicio, lógico y legal es que entienda el Juez que conoce del mismo (como así lo trata de significar la regla 7.ª del referido art. 63), ó sea el Juez del lugar en que hubiera tenido el testador su último domicilio.

La tramitación de los expedientes de renuncia, á falta de otra especial no regulada, podrá ser la que comprenden las disposiciones generales á todos los actos de jurisdicción voluntaria, que contiene el *título I, libro III* de la citada ley procesal. De la solicitud de renuncia, por tanto, el renunciante podrá pedir, ó el Juez acordar, cuando lo crea conveniente, que se otorgue audiencia á determinada persona, por ejemplo, á los

herederos, poniéndoles en la escribanía los autos de manifiesto por un breve término.

No juzgamos necesaria la intervención del Representante del Ministerio fiscal, pues en los referidos expedientes ya dijimos que no se trata de nada que afecte á los intereses públicos, ni se refieren á persona ó cosa cuya protección ó defensa competan á la Autoridad; requisito que, para dicha intervención, previene el art. 1.815 de la ley de procedimientos. Tampoco el artículo 838 de la *ley provisional orgánica del Poder judicial de 1870* comprende ningún caso de intervención del Ministerio fiscal aplicable al expediente de que tratamos. Se presentarán y unirán á aquél los documentos y certificaciones necesarios para comprobar cierta clase de hechos en que se funde la renuncia, y que exigen forzosamente la comprobación documental; se recibirá la información de testigos que se ofrezca, y el Juez dictará auto admitiendo ó no como bastante la renuncia alegada, contra cuya resolución podrá el interesado apelar, en ambos efectos, para ante la Sala de lo civil de la Audiencia del territorio, y, sólo en un efecto, los interesados que hubieren venido al expediente ó llamados por el Juez. Ambas apelaciones se regirán por los trámites de los incidentes.

***

Penalidad civil inherente á la renuncia del albaceazgo.— Llegamos ya á tratar de la pena que el Código impone á los que, desatendiendo cargo de confianza y de preferencia, como lo es el de albacea, le rechazan ya antes de haberlo aceptado ó después de su aceptación; pues á estos dos supuestos alude el artículo 900, al distinguir los dos casos de que parte.

El art. 899 determina que ningún albacea que haya aceptado su cometido puede abandonarle, si así no lo pretende ante Juez competente y por virtud de causa justa, que aquél, á su prudente arbitrio, aprecie. Y el art. 900 supone que un ejecutor testamentario deje el cargo, después de aceptado, sin mediar esa justa causa, lo cual parece contradecir la doctrina del artículo precedente.

La conciliacion de ambos preceptos se obtiene, sin embargo, mediante las siguientes consideraciones. El art. 899 declara obli-

gatorio el cargo de albacea una vez aceptado, siendo sólo válida la renuncia fundada en una justa causa. Si como base de su renuncia, un albacea alega una excusa no estimada justa por decisión judicial, y á pesar de ella y contra ella persiste en no cumplir el encargo confiado por el testador, ó si no habiendo alegado causa ninguna, no desempeña su función; en una palabra, si abandona y renuncia al ejercicio de su cargo; como quiera que se trata de obligación meramente personal y no puede ser constreñido, materialmente, á su cumplimiento, y sobreviene, con carácter de sanción penal civil, el imperio del art. 900, ó sea la privación de lo que le hubiere dejado á título de herencia voluntaria el testador, como castigo al antilegal proceder del nombrado albacea.

Esto aparte de la responsabilidad de daños y perjuicios, por los que pudiere ocasionar con su conducta á los herederos, en virtud de la asignada por el Código (art. 1.101) á los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en mora ó negligencia, y á los que por acción ú omisión causan daño á otro interviniendo culpa ó negligencia (art. 1.902).

La pérdida impuesta al albacea se contrae, según hemos dicho, á la parte en que el testador le haya instituído libremente, en manera alguna á la porción legítima, como declara el mismo artículo, la cual, por su carácter forzoso, sólo puede ser arrebatada al heredero á ella llamado en los casos consignados por la ley.

El albacea puede dejar el cargo por un motivo análogo al de la renuncia, ó sea, el de remoción. Pero de éste ya trataremos en lugar oportuno, en el que además haremos ver las consecuencias que se derivan de la comparación entre los artículos 900 y 910.

ART. 901. Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias á las leyes.

Concordancias.—Igual al párrafo primero del art. 728 del proyecto de 1851 é igual en un todo al 902 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. X, ley 3.ª*—Si el fazedor del testamento mandasse dar a personas ciertas de lo suyo algunas cosas señaladas, o cierta quantia de marauedis, e todos los otros bienes, que ouiesse, dexase en mano de alguno que estableciesse por su testamentario, otorgandole poder, que el segund su aluedrio los partiesse a pobres: tal testamentario como este non puede dar mas a ninguna de aquellas personas ciertas, de quanto el le mando dar señaladamente en su testamento: maguer viesse el, que alguno dellos era muy pobre, e seria bien de darle mas de aquello que le auia mandado el testador, como quier que puede partir los otros bienes que dexe en su poder el testador, entre las otras personas, que non son señaladas: e lo han menester, assi como lo el touiere por bien.

Partida 6.ª, tít. IX, ley 32.—Non puede ningun testador fazer manda en ninguna manera, que por el derecho de las leyes deste nuestro libro non deua ser judgada. E por ende, maguer el defendiere señaladamente, que ninguna ley, ni ningun derecho non pudiesse contrastar, nin embargar la manda que faze, con todo esso si la fiziere contra derecho, o como non deuiere en alguna manera non valdra. E deue ser reuocada, e judgada por las leyes deste nuestro libro. Otrosi si el testador, mandasse fazer de su cuerpo e de sus huessos, o en fecho de su sepultura, alguna cosa que fuesse contra ley o contra la vsada costumbre de la tierra o contra su fama, o a deshonrra de los parientes del, non deue ser guardado tal mandamiento; e aura la manda aquel a quien fue mandado algo, porque fiziesse esto maguer non lo cumpla.

ART. 902. No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes:

1.ª Disponer y pagar los sufragios del funeral del testador con arreglo á lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.

2.ª Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero.

3.ª Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.

4.ª Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.

Concordancias.—Igual en sus tres primeros números al artículo 729 del proyecto de 1851 y en su totalidad al 903 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. X, ley 2.ª*—Poderio han los testamentarios de entregar, e de dar las mandas que son fechas en los testamentos, e en los cobdicilos, en la manera que los fazedores de los testamentos lo ordenaren. E pueden procurar e demandar las cosas de que fuessen fechas las mandas, quier las touiesse el heredero del finado, quier otri. Pero si los herederos sospecharen, que los cabeçaleros non daran las mandas a aquellos a quien fueron mandadas, deuen tomar tal recabdo dellos, que sean ende seguros, que las den, segund son escritas en el testamento. E si tales omes fuessen que non sean sospechosos: assi como frayles, e omes religiosos non deuen tomar este recabdo dellos, nin son ellos tenudos de lo dar, maguer gelo demandassen. Ca tales personas como estas deue ome sospechar que lo faran bien.

Partida 6.ª, tít. X, ley 4.ª—Quatro cosas son señaladamente: en que pueden los testamentarios demandar en juyzio, e fuera de juyzio los bienes del muerto, para cumplir su testamento, maguer non quieran los herederos del fazedor del. E el vno es, quando la manda es, para obras de piedad o de misericordia. E el segundo es, quando el fazedor del testamento, manda alguna cosa a otros en vno con los testamentarios. E el tercero es, quando la manda es atal, que es establescida para gouernar huerfanos, o otras personas qualesquier. E el quarto es, quando el fazedor del testamento dice assi: que da libre poder a sus testamentarios, que puedan demandar en juyzio, e fuera de juyzio, los bienes del fazedor, para cumplir sus man-

das. E sacadas estas quatro cosas sobredichas, en otro caso ninguno, non han poder los testamentarios de demandar en juyzio los bienes del muerto, para cumplir sus mandas. Mas cada vno de aquellos, a quien es mandado algo en el testamento, puede por si demandar a aquel que touiere los bienes del finado la parte que le fue mandada en el testamento. E segund el departimiento que se muestra por esta ley, se entiende en todas las otras, que fablan del poderio que han los testamentarios.

ART. 903. Si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aprontaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación ó establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.

Concordancias.—Semejante al art. 730 del proyecto de 1851 y al 904 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tit. XVIII, ley 62.*—Albaceas dexan los omes a sus finamientos que han menester muchas vezes de vender de las cosas del finado, e la carta de la vendida deue ser fecha en esta manera: «Sepan quantos esta carta vieren, como fulan, albacea de fulan dado, e establescido para pagar las debdas, e las mandas que el finado fizo en su testamento, por poder que le otorgo para vender, e enagenar de sus bienes tantos fasta que pudiessen ser pagadas: assi como paresce por la carta de las mandas que fizo, que fue fecha por mano de tal escriuano publico, queriendo cumplir la voluntad del finado, vende, e da assi como albacea tal heredad, que es en tal lugar, e ha tales linderos que fue de los bienes

del finado a fulan recibiente por si, e por sus herederos, por precio de tantos maravedis: el qual, prometio e otorgo, e conoscio el albacea sobredicho, que recibio, e passo a su poder, para pagar las mandas, e las debdas de suso dichas: e de si deue dezir todas las palabras que pertenescen a la vendida, assi como de suso diximos del personero, diziendo, que obliga los bienes del finado, por la vendida que faze assi como albacea: pero tal vendida como esta deue ser fecha en almoneda, porque non se pueda y fazer ningund engaño.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 901, 902 Y 903.—*Facultades testamentarias del albacea.*—Comprenden los tres artículos transcritos la materia más interesante del tratado de albaceas, y la que mejor nos ha de dar á conocer la índole y extensión de las funciones que aquéllos legalmente están llamados á ejercer.

Y porque los tres preceptos establecen: el primero, una declaración general sobre las facultades que corresponden á los ejecutores testamentarios, y los dos restantes previenen reglas para el caso de que el testador nada haya dispuesto sobre ese particular, los analizaremos bajo un solo comentario.

Siendo el extremo de las facultades de los albaceas, de los que entrañan los límites de la plena disponibilidad que corresponde á todo testador, la declaración del art. 901 está muy justificada. Aquí, como en otras secciones del tratado testamentario, el testador puede distribuir y ordenar sus bienes y consejos de última hora en la forma que á su libre voluntad mejor le parezca, sin otro obstáculo que los que las mismas leyes ya tienen taxativamente previsto. Una de las leyes de Partida trascrita entre los *Precedentes legales (art. 901: Part. 6.ª, tit. X, ley 3.ª)* llega hasta suponer que si el testador mandó al testamentario dar ciertas cantidades á varias personas, respete aquél en un todo esa disposición, aplicándola literalmente, aunque alguna de esas personas sea muy pobre y procediese por ello darle algo más de lo que mandaba el testador.

Mas, por lo mismo que la declaración del art. 901 es tan general y hasta cierto punto vaga, conviene explicarla, sobre todo para contraponerla á la restricción que comprenden las últimas palabras de dicho precepto.

Lo que sí debemos abandonar al campo de la especulación y

á las teorías que debaten ilustres jurisconsultos, es el problema de si los albaceas deben gozar de todas las prerrogativas y derechos que quiera á su antojo otorgarles el testador, ó si éste y aquéllos han de restringirse y amoldarse á lo que las leyes para cada caso tengan determinadamente estatuído.

Tal problema está bien claramente resuelto en la referida disposición legal, de acuerdo, además, á nuestro modo de ver, con los verdaderos principios del Derecho testamentario. El testador no hace testamento con sólo nombrar un albacea en quien delegue para que otorgue su última voluntad. Ya sabemos que los comisarios para testar han sido suprimidos, muy acertadamente, por el art. 670 de este mismo Código, al declarar en forma expresiva que el testamento es un acto personalísimo, sin que pueda dejarse su formación, ni en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero.

Testando una persona, esto es, disponiendo real y efectivamente de su fortuna para después de la muerte, aunque sea en términos más ó menos generales, puede, dentro de éstos, dar mayor ó menor número de atribuciones á los que hayan de ejecutar ese testamento, respetando, no obstante, siempre el círculo que en todo caso no puede salvar, pues, aun tratándose de disposiciones de detalle ó de mandatos de alguna mayor generalidad, ha de considerar intangibles prohibiciones que á todo testador obligan, por ser de carácter público y hallarse prefijadas por el legislador.

Los precedentes legales con que cuenta la teoría que venimos examinando, indican el carácter tradicional de la misma en nuestro Derecho civil.

La *Resolución* de la Dirección general de los Registros de *25 de Septiembre de 1863*, por otra parte, declara que el albacea nombrado con facultad para demandar los bienes que pertenezcan al testador, para practicar extrajudicialmente la partición ó para cumplir y ejecutar lo dispuesto en el testamento, pero sin autorizarle expresamente para vender sus bienes raíces, no puede, con arreglo al art. 20 de la *ley Hipotecaria*, inscribir fincas á su nombre para enajenarlas, porque la ley tampoco le autoriza para ello.

La Dirección general de Contribuciones, en *Circular de 15 de Enero de 1875*, sienta la doctrina de no reputar nula una

escritura de venta otorgada por albacea, á quien se encargó del pago de deudas y de dar su haber á los herederos, debiendo éstos pasar por la cuenta que se les forme por derecho de albacea, pues las *Sentencias* del Tribunal Supremo de *27 de Septiembre de 1861* y *17 de Enero de 1866*, lo mismo que la *ley 62, título XVIII, Partida 3.ª*, que exige la venta en pública subasta de los bienes de una testamentaría llevada á cabo por los albaceas, sólo es aplicable á los casos ordinarios del albaceazgo, ó sea cuando las facultades de éstos están limitadas al cumplimiento de lo piadoso y al pago de las deudas; pero no cuando el testador conceda atribuciones generales á los que han de cumplir su última disposición.

La Dirección general de los Registros también declaró en *Resolución de 25 de Agosto de 1879*, que está bien extendida y es inscribible una escritura de partición é hijuelas otorgada por albacea autorizado por el testador para todos los actos y contratos á que pudiera dar lugar el mejor desempeño y cumplimiento de su cometido, aunque el mismo testador partiese individualmente los bienes inmuebles á cada uno de los herederos voluntarios, toda vez que este acto se dirige al mejor desempeño y cumplimiento del cargo.

El propio Centro directivo, en *Resolución de 28 de Marzo de 1883*, reputó inscribibles los bienes de una herencia á favor del albacea para el efecto de enajenarlos, por estar facultado para ello en el testamento y haber asegurado el cumplimiento de la obligación que le imponía el testador de formar una dote con la concurrencia al otorgamiento de la escritura de la persona á quien se hacía el legado.

En cambio, no se consideró en *Resolución de 26 de Enero de 1889* inscribibles, bienes á nombre de albaceas nombrados con facultad de vender del patrimonio del testador lo que creyeran conveniente para cumplir lo que dejaba ordenado, y autorizados además para el otorgamiento de escrituras, á no ser que se inscriban previamente los bienes á nombre de los herederos.

Otra *Resolución*, dictada ya con vista del artículo del Código civil que examinamos, fecha *10 de Mayo de 1890*, declara que no es inscribible una escritura de venta otorgada por albacea que no acredita que el contrato tenga por objeto pagar deudas,

habiéndole el testador autorizado sólo para enajenar bienes con este fin; pues á esa facultad de vender bienes para pago de deudas, haya ó no herederos forzosos, no debe ponérsele otro límite que el dispuesto por el testador.

Da á entender la *Resolución de 18 de Diciembre de 1893* que si el testador en su testamento limitóse á confiar á los albaceas la ejecución y cumplimiento de su voluntad, sin que les confiriera facultades especiales, y menos la de hacer el inventario, división y adjudicación del caudal relicto, tanto, según la doctrina vigente al publicarse el Código civil (contenida principalmente en las *Sentencias* del Tribunal Supremo de *3 de Junio* y *19 de Diciembre de 1864, 17 de Enero de 1866* y *6 de Mayo de 1871),* como por lo que evidencia el art. 1.057 de dicho Código, los albaceas debían ajustarse estrictamente, bajo pena de nulidad, á las atribuciones que se les concedieron; por lo cual no tienen derecho á practicar la partición, ya que el testador no les otorgó especial comisión al efecto, pues, según da á comprender la *Sentencia de 27 de Enero de 1881,* la *ley 10, tít. XXI, libro X de la Novísima Recopilación*, refirióse por modo exclusivo á las facultades de los albaceas para hacer la partición *cuando el testador les hubiere autorizado para ello;* aunque reputando como indiscutible doctrina la expuesta, la circunstancia de aprobar y ratificar los interesados todos en la herencia la operación particional practicada por el albacea ó albaceas que se encuentren en los expresados casos, quita toda importancia al defecto de haberse aquéllos extralimitado en las atribuciones que el testador les confiara, puesto que, á virtud de tal ratificación, puede afirmarse que la dicha operación ha sido practicada por los mismos herederos.

La *Resolución de 21 de Junio de 1895* establece la doctrina, á nuestro juicio concluyente, de que, rigiendo, en materia de facultades de los albaceas el principio de que éstos tienen todas las que expresamente les confieren los testadores, y á falta de esa especial determinación, las generales que taxativamente determinan los artículos 902 y 903 del Código civil, no habiendo concedido un testador á sus testamentarios más atribuciones que las de los citados artículos, puesto que añade tan sólo respecto á uno de aquéllos que tendría además la potestad de hacer la partición y adjudicación del caudal relicto, no es lícito ampliar

las facultades á este albacea, y menos otorgarle una tan importante, cual es la de enajenar, en caso que no es del mencionado artículo 903; por lo cual dicho albacea no puede ostentar la representación de la testamentaría más que respecto de aquellos actos para que está habilitado, ya por las disposiciones generales del Código, ya por las especiales del testamento, dado que el fundamento legal de semejante representación, sólo puede derivar de unas ú otras; por todo lo que, y comenzando las facultades de los herederos en el punto donde terminan las de los albaceas, á virtud de la transmisión de derechos y obligaciones del causante que á su favor engendra la sucesión hereditaria, la escritura en cuestión debió ser otorgada por los herederos, por ser los que legalmente pudieron ostentar la representación del testador, entablando en el procedimiento judicial las acciones ú oponiendo las excepciones que á su causante debieron corresponder; y al no haberse hecho así, se dió lugar á un defecto intrínseco en la escritura, que impide á todo Registrador dejar cumplida la exigencia del art. 20 de la *ley Hipotecaria*, cuyo artículo prescribe también la previa inscripción á nombre de los herederos, á no ser que se trate de herencia yacente.

Si la única facultad que el testador concedió á sus albaceas, expresa la *Resolución de 7 de Abril de 1896*, fué la de que practicaran las operaciones de su testamentaría con la mayor exactitud y legalidad, prohibiendo la intervención judicial, es obvio que no puede estimarse como operación testamentaria la venta de inmuebles de la herencia, siquiera sea para pago de deudas, porque ese es un acto de verdadero dominio, y para ostentar legítimamente esa representación, ya que no estaba conferida por el testador, era preciso que lo estuviera por las leyes, las cuales, lejos de atribuírsela, se la niegan, en el mero hecho de determinar el art. 902 las facultades de los albaceas y no incluir entre ellas la de poder vender bienes para pago de deudas, sin que dicho precepto parta de la idea de existencia de herederos testamentarios, porque no hay artículo alguno en el Código civil que directa ni indirectamente conceda á los albaceas la epresentación de la herencia yacente.

Por último, la *Resolución de 18 de Junio de 1897* no considera obstáculo para la inscripción de un testamento y de créditos hipotecarios existentes á favor del testador, solicitada

simplemente por el heredero que aquél instituyó, la circunstancia de no haber ejercido los albaceas nombrados por el testador las extraordinarias facultades que éste les concedió sin limitación de tiempo (consistentes en que dichos albaceas se apoderen de los bienes hereditarios, y si lo creen conveniente, los vendan pública ó privadamente, hagan ó no inventario de ellos, tasación y adjudicación, y, entre otras, las de conceder el más amplio poder, con relevo de toda clase de fianzas y demás obligaciones, para que después de la muerte del testador hagan cuanto crean conveniente en bien y beneficio de la testamentaría, mandando á todos los legatarios y herederos y otras personas que tengan interés en cuanto queda consignado estén y pasen por las cuentas y demás que acuerden los albaceas testamentarios), porque pueden éstos ejercer esas facultades extraordinarias después de practicada dicha inscripción, de igual modo que antes de llevarse á cabo esta formalidad, toda vez que, constituyendo la concesión de aquellas facultades, por analogía con lo establecido en los artículos 1.026 y 1.032 del Código civil, una verdadera limitación del pleno disfrute y libre disposición de cada uno de los bienes y derechos que pertenecieron al difunto, deben consignarse en la referida inscripción, conforme á lo prescrito en los artículos 25, regla 7.ª, y 29, número 7.º del Reglamento general dictado para la ejecución de la *ley Hipotecaria*, los cuales determinan que, á fin de individualizar con toda exactitud las fincas y los derechos que sean objeto de las inscripciones, los Registradores de la propiedad, entre otros requisitos, para dar á conocer la extensión y carga del derecho que deba inscribirse, harán mención circunstanciada y literal de todo lo que, según el título, limite el mismo derecho y las facultades del adquirente en provecho de otro, ya sea persona cierta ó ya indeterminada, así como los plazos en que venzan las obligaciones contraídas, si fuesen de esta naturaleza las inscritas, y en las inscripciones de cualquiera especie, entre otros particulares, se extenderá la copia literal de las condiciones impuestas al adquirente ó á sus sucesores, restringiendo de cualquier modo las facultades del dominio.

Por otra parte, la *Sentencia de 7 de Junio de 1862* establece la doctrina de que, cuando los albaceas están facultados por el testador para la ejecución de su testamento y para que proce-

dan por sí mismos al inventario y partición de sus bienes, están autorizados, y tienen, por tanto, personalidad para representar la testamentaría y defender sus derechos en juicio mientras permanezca yacente la herencia.

Expresa la *Sentencia de 30 de Junio del propio año* que cuando el testador faculta á sus albaceas para el desempeño de las funciones de Contadores liquidadores de la herencia, á pesar de dejar hijos menores, se entiende que quiere evitar la formación del juicio necesario de testamentaría.

Hoy, por el *art. 1.039 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1881*, sólo alcanza la prohibición al juicio voluntario de testamentaría (cuando el testador así lo prevé) respecto de los herederos voluntarios y legatarios de parte alícuota.

Tiene determinado la *Sentencia de 3 de Junio de 1864* que, procediendo las facultades de los albaceas de la voluntad del testador, son nulos sus actos en cuanto no se ajusten á lo dispuesto por éste.

La *Sentencia de 17 de Enero de 1866* declara que es doctrina legal, admitida por los Tribunales, la de que las facultades de los albaceas se extienden, no sólo al cumplimiento de las mandas piadosas, sino también al de los demás encargos que les encomienden los testadores en sus últimas voluntades, siendo, por tanto, válidos los actos de aquéllos en cuanto se ajustan á lo dispuesto por éstos.

Confirma estas ideas la *Sentencia de 16 de Diciembre de 1867*, al determinar que infringe la voluntad del testador y las *leyes 13, 14 y 16, tít. XX, libro X de la Novísima Recopilación*, la sentencia que manda que el albacea invierta los valores correspondientes á la herencia, con intervención de tercera persona, cuando el testador le confirió amplias facultades sin imponerle dicha intervención.

Según la *Sentencia de 11 de Mayo de 1871*, los albaceas que pueden enajenar una finca por disposición expresa del testador para el pago de legados, pueden con igual razón contratar un préstamo hipotecando la misma finca, sin que obsten ni se infrinjan los artículos 139 y 140 de la *ley Hipotecaria*, los cuales determinan que sólo podrán constituir hipoteca voluntaria los que tengan la libre disposición de sus bienes ó, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo á las leyes:

y los mismos podrán hacerlo por sí ó por medio de apoderado con poder especial para contraer este género de obligaciones, otorgado ante Notario público.

La *Sentencia de 4 de Febrero de 1879* nos enseña que el albacea á quien el testador confía el *fecho de su alma*, por este sólo motivo no tiene facultad de reconocer ni deber de pagar las deudas hereditarias del difunto; aclarando la *Sentencia de 4 de Abril* del propio año que el albacea *in solidum* tiene personalidad para gestionar todo lo concerniente á la testamentaría y promover el desahucio de las fincas á ella pertenecientes.

La importante *Sentencia de 24 de Noviembre de 1879* sienta la doctrina de que, cuando según la voluntad del testador, los albaceas están investidos de las más amplias facultades para distribuir los fondos de un legado dejado á los pobres de un pueblo, sin intervención de autoridad ó persona alguna, y sin que nadie pueda pedirles cuenta del uso que hubieren hecho de aquéllos ni interpelarlos judicialmente sobre la manera y forma de cumplir el cargo de confianza que el testador les había conferido y que habrán de desempeñar sin otra garantía y responsabilidad que su conciencia, los legatarios, ó los que se suponen con este carácter, carecen por completo de acción para reclamar contra los albaceas el cumplimiento del legado.

Por la *Sentencia de 28 de Junio de 1882* se declara que la *ley 62, tít. XVIII, Partida 3.ª*, si bien establece el principio de que las ventas que otorguen los albaceas hayan de ser en almoneda *porque non se pueda hi fazer engaño*, esto solamente se entiende en los casos ordinarios de albaceazgo y no en los que el testador autoriza á sus albaceas con facultades extraordinarias y prescribe el modo en que han de venderse sus bienes para el cumplimiento de su voluntad, única norma á que deben subordinar sus actos.

La *Sentencia de 11 de Julio de 1885* dispone que, nombrado un albacea en testamento, Contador y partidor de bienes con cuantas facultades necesite para el desempeño de sus cargos, está dentro de ellas la de verificar los inventarios y avalúos, pues sin éstos no puede contarse ni partirse la herencia; y, á mayor abundamiento, expresa la *Sentencia de 2 de Abril de 1886* que los testamentarios pueden demandar en juicio los bienes del finado cuando éste les faculta para ello; y, autoriza-

dos para seguir los pleitos pendientes, lo están igualmente para promover las cuestiones que se refieren al cumplimiento del encargo que recibieron del testador.

Por último, de la *Sentencia de 28 de Abril de 1897* claramente se desprende que, designada una persona albacea testamentario, contador y partidor, al no reputársele con personalidad para contestar á la demanda deducida por un acreedor de la herencia por haber terminado las operaciones de testamentaría y ser entregadas á los interesados para que procedieran á la protocolización, no se entiende el que la testamentaría quede libre de esa responsabilidad; ni, por tanto, el testador de las obligaciones que en vida contrajo á favor de dicho acreedor; y no resultando el albacea, como contador ni por otro título, administrador de la herencia, tampoco tenía personalidad bastante para representar á ésta, por ser dicho carácter de administrador requisito necesario para que esa representación jurídica se ostente legítimamente.

Hemos dado alguna mayor extensión al resumen de las enseñanzas que proporcionan las jurisprudencias Hipotecaria y del Tribunal Supremo sobre el interesante particular que constituye la primera parte de nuestro art. 991, porque le juzgamos como el mejor é insustituible comentario, y además de ser de gran autoridad científica, desentraña exactamente, según los principios del derecho testamentario que ya conocemos, la intención del testador en cada caso concreto litigioso de los que resuelve. La más luminosa observación del mejor tratadista no puede compararse en utilidad práctica con las conclusiones que el Tribunal Supremo, la Dirección general de los Registros ó cualquier otro Centro directivo, cada uno en su respectiva esfera de acción, sientan en casos y problemas de naturaleza igual ó muy análoga á la que estudiamos actualmente.

Observaráse en todos los que, á guisa sólo de ejemplos de la jurisprudencia consignamos, por ser muy numerosos los que podríamos añadir, el respeto más inviolable á la libertad testamentaria, haciendo dimanar de sólo la voluntad de un testador el otorgamiento á su albacea ó albaceas de facultades transcendentales y hasta de las que virtualmente en ellas deben de entenderse comprendidas; haciendo tal deducción por virtud de razonamientos gramaticales y jurídicos, siempre que unos y otros

conduzcan y sean apropiada senda para llegar á la fuente, al manantial, origen único de derechos y obligaciones para el ejecutor testamentario, es decir, la intención de quien le nombró en el testamento.

Así como en la interpretación de cláusulas dudosas testamentarias, se antepone á todo, la solución que parezca más conforme con el propósito del testador, según el tenor del testamento, del propio modo, y por igual principio de derecho hereditario, que explica esa máxima interpretativa, los albaceas son, ante todo, lo que han querido que sean sus poderdantes, digámoslo así.

Y, realmente, sólo sobre esta idea obligada puede hacerse el comentario del art. 901, en su parte ó concepto primero. Los detalles, supuestos, distingos, circunstancias diversas que se den en cada testamento, se resolverán acudiendo á las previsiones de la jurisprudencia; y si no hay caso en ella igual ó siquiera parecido, al que por analogía pueda equipararse aquel cuya solución busquemos. En último extremo, habrá de acudirse á la referida máxima de interpretación, examinando, bien por el mismo testamento, la clase de confianza que el testador pareció querer depositar en su albacea ó albaceas, el género de amistad y relaciones que ligaba á uno y otros en vida, la naturaleza de los servicios ó encargos testamentarios que hayan de cumplirse, las facultades conferidas, al propio tiempo, á los herederos, las costumbres de las localidades, en lo que pueden subordinarse á las leyes de general é ineludible aplicación, y, en fin, todo lo que encamine á averiguar qué es lo que ha querido dar á entender el testador en ese tan principal particular de su testamento, procurando que no se traspase tal límite que, como infranqueable, se reputa en ese último inciso oracional de nuestro art. 901.

***

Facultades contrarias á las leyes.—Alguna explicación requieren las palabras en que se halla concebido dicho inciso, porque resulta más fácil consignarlas que explicar su verdadero alcance jurídico en cada caso que se presente.

La *ley 32, tít. IX, Partida 6.ª*, anotada en los *Precedentes*

legales, pone ejemplos sobre el particular; porque es justo y moral que no prevalezcan órdenes dirigidas á los albaceas en que se mande hacer del cuerpo del testador, ó de sus huesos, ó de su *fecho* ó de su sepultura lo que fuese contra ley ó contra la *usada costumbre de la tierra* ó contra su fama ó en deshonra de sus parientes. No obstante, respecto á esa *usada costumbre*, nunca deberían llegar las cortapisas, creemos nosotros, más que hasta los que constituyeren usos con carácter y fuerza de ley obligatoria y general.

Por eso la expresión referida la juzgamos equivalente á «leyes de carácter público y que defiendan intereses de ese orden ó de un tercero, á los que el testador no pueda en ningún caso perjudicar.»

Atentatoria á las leyes higiénicas sería la que se refiriera á dejar insepulto el cadáver del testador por ocho días. Atentatoria á los preceptos jurídicos deberá reputarse la atribución conferida á un testamentario para que entregara bienes á un legatario en cantidad que supusiera perjuicio evidente para los herederos forzosos, al disminuirles su legítima.

El párrafo último del art. 675 de este mismo Código autoriza á sostener que sería de igual suerte contrario á las leyes el mandato impuesto á un albacea para prohibir la impugnación del testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.

Otros casos análogos á éstos podríamos añadir entresacados del mismo Código. El albacea no debe considerarse obligado á entregar á un tutor porción hereditaria dejada por el pupilo de éste, antes de haberse aprobado las cuentas definitivas de la tutela, aunque el testador muera después de esa aprobación, á no tratarse de tutor que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuye del pupilo. Lo propio ocurrirá cuando se dejen bienes de la herencia al Notario, que autorice el testamento, ó á su esposa, parientes ó afines dentro del cuarto grado, á no ser que el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario; rigiendo esa regla general también con los testigos del testamento abierto otorgado con ó sin Notario, y los testigos y personas que intervengan en los testamentos especiales, y lo mismo con las personas incapaces, aunque se disfrace la dis-

posición testamentaria bajo la forma de contrato oneroso, ó se haga á nombre de persona interpuesta (artículos 753 á 755 del Código).

A nada le obliga, y por tanto, sería facultad contraria á las leyes la conferida á un albacea para entregar todo ó parte de la herencia al confesor que durante la última enfermedad del testador hubiera confesado á éste, ó para favorecer á los parientes dentro del cuarto grado de aquél ó á su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto (art. 752).

Estarían comprendidas en igual salvedad las atribuciones dadas á un albacea sobre entrega de porción hereditaria mediante la realización de una condición imposible ó contraria á las leyes y aun á las buenas costumbres, como la de no contraer primero ó ulterior matrimonio, á menos de haberse puesto esta última condición al viudo ó viuda por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste; las atribuciones concedidas para entregar todo ó parte de la herencia, recabando condición del favorecido para que á su vez haga en su testamento alguna disposición en favor del testador ó de otra persona; las que consistan en otorgar al albacea la facultad de mejorar ó desheredar (artículos 792, 793, 794, 830 y 849). Y así todas aquellas que impliquen prohibición de inexcusable cumplimiento para el testador, como la del último párrafo del artículo 907 que luego examinaremos.

Ahora bien; juzgando por los precedentes legales de nuestro artículo 901, ¿podría reputarse facultad contraria á las leyes la conferida al albacea, existiendo herederos forzosos, para apoderarse de los bienes del testador, cual parece darlo á entender el párrafo segundo del art. 728 del *proyecto* de Código civil *de 1851*? Entendemos que no; y por algo aparece suprimida esa idea, como las que le acompañan en el artículo referido al tratarse de las facultades de los albaceas en el *proyecto de 1882* y en el precepto que nos hallamos comentando.

El simple apoderamiento de esos bienes no supone quebranto ni disminución de los derechos reservados en todo caso á los herederos forzosos. Goyena declara que la legítima es sagrada é independiente de la voluntad del testador; recibirla de mano de un extraño sería degradarla. No comprendemos la exactitud de tal juicio, ni menos vemos la manera de conci-

liarlo con el principio de libre testamentifacción, siempre que éste no contradiga preceptos legales exigibles. Mientras, según ordena el apartado segundo del art. 813 de nuestro Código, á la legítima no se la imponga gravamen, condición ó sustitución de ninguna especie, el testador en ese particular puede dar á sus albaceas las instrucciones que juzgue más convenientes.

En este punto ya sabemos que están conformes el antiguo y novísimo Derecho civil.

De ese modo nos explicamos la doctrina sentada por la interesante *Resolución* de la Dirección general de los Registros de *30 de Mayo de 1895*, según la cual, la escritura de venta presentada á inscripción en el Registro y otorgada por un albacea que, si bien tenía la facultad de vender por el testamento, prescindió de la intervención que para ello necesitaba legalmente del heredero forzoso que sucedía al causante y que se hallaba además ausente, no es inscribible, sin que le sea posible al albacea ampararse en el precepto del art. 901 del Código civil, sólo porque ordena que las facultades de los albaceas serán las que les confiera el testador, pues el mismo precepto establece la expresa limitación de que no han de oponerse á la ley, y, reconociendo ésta al heredero forzoso un derecho anterior é independiente á todo testamento, cuanto en él se oponga, limite, contradiga ó perjudique ese derecho una vez reconocido, no puede prevalecer igualmente sin su intervención, en la forma que, según los casos, se halla establecido; precisándose, además, á los efectos del art. 20 de la *ley Hipotecaria*, de la previa inscripción de la finca objeto de la venta á nombre del heredero ó herederos forzosos, cuando no se trate de la concurrencia de un albacea universal.

Siendo una venta la que haya de realizar el albacea, compréndese mejor el que con ella puedan sufrir algún menoscabo los derechos legitimarios, que consisten, como ya sabemos, en una porción alícuota de la herencia, susceptible de aumento ó disminución, según el valor que los bienes hereditarios representen al ser transmitidos ó cedidos por un precio en dinero ó en especie. Pero el simple apoderamiento de esos bienes no implica tales temores, ni debe incluírsele en las restricciones de que venimos hablando, aun ordenándose dicho apoderamiento en el concurso de los herederos forzosos. El que, en los ar-

ticulos 902 (números 2.° y 4.°) y 903, apartado primero, se exija, á falta de precisión del testamento en cuanto á facultades de los testamentarios, la intervención ó beneplácito de toda clase de herederos para el pago de legados que consistan en metálico y para el empleo de precauciones necesarias á la conservación y custodia de los bienes hereditarios y hasta para la enajenación de muebles é inmuebles, con el fin de acudir al pago de funerales y legados, no es argumento que contradiga la exactitud de las observaciones expuestas, pues la misma especialidad de esos casos, por un lado, que parece excluir su aplicación á todos los demás, y el tratarse, por otra parte, de previsiones suplementarias, digámoslo así, que *es de creer* tomaría en vida el testador, justifican la excepción, pero de ningún modo la regla general.

De suerte que no debe servir ni aun virtualmente de norma de interpretación del precepto que comentamos, la prescripción del citado art. 728 del *proyecto de 1851*, según parte del cual, existiendo herederos forzosos no podrá el testador autorizar á los albaceas para que se apoderen de sus bienes.

***

Facultades legales del albacea.

a) *Funeral del testador.*—El art. 902 clasifica las facultades legales de los albaceas por el orden cronológico y de mayor urgencia. Muerto el testador, la necesidad que con más imperio se deja sentir es la del sepelio del cadáver y la de los sufragios por su alma, operaciones subsiguientes la una á la otra. Pueden quedar en el testamento minuciosamente previstas, y si en él no se quebranta alguna prescripción de carácter general é ineludible, según ya tenemos advertido, se cumplirán en un todo hasta los que pudieran creerse caprichos de última hora del testador.

Generalmente suelen aparecer en el testamento especificadas las órdenes sobre entierro y sufragios, después de hecha la profesión de fe religiosa á que el testador pertenece, según una costumbre muy corriente entre los funcionarios notariales, y que ya ha sido objeto, por el rutinarismo que á veces implica, de nuestra crítica en otra parte de estos Comentarios.

Hizo bien el legislador en tener en cuenta la costumbre del pueblo, á falta de disposición expresa del testamento sobre dicho extremo, pues precisamente varían en cada localidad de una misma provincia, y á veces hasta límites verdaderamente difíciles de creer, por lo extravagantes, los usos y ceremonias que, aparte de los religiosos, preceden y subsiguen al fallecimiento y enterramiento de toda persona.

También el art. 966 de la ley de *Enjuiciamiento civil*, en su primer apartado, señala como una de las más urgentes medidas que procede adoptar, tratándose de persona que falleciese intestada, y sin dejar descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, ni cónyuge legítimo que viviera en su compañía, la de que el Juez nombre un albacea dativo que se encargue de disponer el entierro, exequias y todo lo demás que sea propio de este cargo con arreglo á las leyes.

Adviértase que, sobre tal extremo, se deja á los albaceas en completa libertad para que acuerden lo que juzguen más conveniente, en vista de lo ordenado por el testador ó de lo que supletoriamente indiquen las costumbres locales, sin que se hable para nada de la intervención de los herederos, ni siquiera, por lo menos, de la de los herederos forzosos; aunque algún espíritu escrupuloso creyera que se mermaban con ello ó desconocían los derechos adquiridos con anterioridad por aquéllos.

Esa intervención solamente se precisará, según ya veremos, cuando para el pago de funerales sea indispensable vender bienes muebles, y, no alcanzando éstos, inmuebles.

Con respecto al particular que estamos exponiendo, no debe olvidarse que entre los derechos de estola y pie de altar correspondientes al párroco se hallan comprendidos los relativos al funeral de sus feligreses, y que en su consecuencia, según hicimos constar *(tomo XIV, pág. 762)*, el funeral debe celebrarse en la parroquia á que perteneció el finado, por ser privativo del párroco el *ius sepeliendi et funerandi*, determinándolo así, aparte la opinión de los Decretalistas y el voto de la Curia Romana *de 15 de Junio de 1669*, admitido como regla de derecho, la primera de las Decretales «*de Sepulturis*», el Concordato vigente de 1851, varias sentencias del Tribunal de la Rota española, y por lo relativo al arzobispado toledano, las Sinodales de la Iglesia Primada, *lib. III, tít. VII, Const.* 7.ª, y *lib. VIII, Const.* 8.ª

b) *Pago de legados en dinero.*—La segunda atribución que el legislador confía á los albaceas, á falta de determinaciones del testador, es la relativa al pago de los legados que consistan en metálico.

Tal atribución, además del carácter subsidiario inherente á todas las enumeradas en el art. 902, según el encabezamiento del mismo, tiene, á nuestro juicio, además, naturaleza propia supletoria; pues si, según el art. 858 del Código, el testador podrá gravar con mandas, no sólo á sus herederos, sino también á los legatarios, el pago de aquéllas puede hallarse determinado y hasta individualmente previsto en el testamento, sin que, á pesar de la prescripción especial del apartado del art. 902 que comentamos, corresponda, en ese caso, al ejecutor testamentario satisfacer ni los legados que consistan en dinero, y á no ser, como parece natural que dicho ejecutor esté designado por el testador para verificar ese pago, con preferencia al heredero y al legatario.

De suerte que el núm. 2.° del art. 902 debe, en nuestra opinión, entenderse redactado en el sentido de que una de las facultades de los albaceas será la de pagar las mandas que consistan en metálico, con el consentimiento y beneplácito del heredero, siempre que el testador nada hubiese determinado especialmente sobre ese particular á los albaceas ni á la persona á cargo de la cual haya otorgado la manda. Porque pudiera dudarse de que, callando el testador sobre lo que el albacea había de hacer en materia de pago de legados, y encargando éstos á los herederos ó á otros legatarios, no obstante hubiera de corresponder tal pago á los ejecutores testamentarios antes que á aquéllos. La voluntad del testador ya tenemos repetido que es preferente y primordial en el cumplimiento é interpretación de las últimas voluntades. Por esto dispone el legislador uruguayo (Código civil, art. 942) que el albacea pagará los legados que no se hayan impuesto á determinado heredero ó legatario.

El contexto del referido apartado segundo y la delimitación de su alcance nos indica bien á las claras que no son omnímodas, ni mucho menos, las facultades de los albaceas en lo que á la ejecución del testamento respecta. Elocuentemente así nos lo dan á entender también los demás números del art. 902 y el 903.

El pago de legados que consistan en una cantidad de dinero es de los cometidos más sencillos y fáciles de cumplir de todo testamento; no se precisan para ello trámites judiciales, gestiones en el Registro de la propiedad, entrega de títulos solemnes ni formalización aparatosa alguna.

Lo único que puede ocurrir es que la herencia carezca de dinero para el completo pago de tales legados; y entonces ya veremos que el art. 903 autoriza al albacea para proceder á la venta de los bienes muebles y hasta, si es preciso, de los inmuebles hereditarios.

Esa atención, aun fácil de cubrir y aun afectando á extremos del testamento cuyo aplazamiento sería innecesario, supone el ejercicio de otras facultades en los herederos y legatarios.

Una de ellas es la que al heredero se reserva en el mismo apartado que examinamos, de intervenir en el pago de los legados de dinero, no solamente teniendo conocimiento de ello, sino hasta prestando su conformidad ó beneplácito, y, como dice el *proyecto de 1851*, «el pago ha de hacerse saber al heredero y éste no ha de contradecirlo». Por lo cual, juzgamos suficiente una aprobación tácita, por parte del heredero, pues tal beneplácito (de *placeo,* agradar, y *benes,* bien) puede darse á entender por signos ó deducciones que impliquen una no oposición al acto del albacea.

Para evitar, sin embargo, dudas, la prudencia aconsejará en todo caso á los albaceas hacer figurar á los herederos en la entrega del dinero legado, ya presenciándola materialmente, ya firmando con el legatario y albacea el documento de resguardo ó carta de pago que se formalice, ó ya, en fin, acreditando en forma fehaciente que tuvieron noticia de esa entrega y no se han opuesto á ella en modo alguno.

Si esa oposición se formula, la misión del albacea quedará cumplida ó por lo menos su responsabilidad salvada. El artículo 3.859 del Código argentino declara que si los herederos se opusieren al pago de los legados, el albacea deberá suspenderlo hasta la resolución de la cuestión entre dichos herederos y los legatarios. Los Tribunales, en su día, efectivamente, apreciarán la razón ó sin razón con que el albacea ó heredero hayan procedido, cada uno en el ejercicio de los que estimaron sus

respectivos derechos, para los efectos de hacer al uno ó al otro responsable de la indemnización que pueda solicitar el legatario por el retraso en ser satisfecho de su crédito.

Mas la facultad que á su vez supone una obligación en el ejecutor testamentario, regulada en el núm. 2.° del art. 902, ¿rechaza ó repugna la correlativa en el legatario, de poder reclamar su manda al albacea cuando éste no se halle pronto á entregarla? Ó por el contrario, esa reclamación, ¿ha de formularla dicho legatario exclusivamente contra el heredero, cuando el testador, claro es, no haya dejado designada determinadamente la persona que haya de satisfacer la manda? Algunos legisladores y tratadistas contestan afirmativamente esta última pregunta y negativamente la segunda.

Nosotros, con el debido respeto á unos y otros, juzgamos, por el contrario, que, dentro de la esfera de compresión del Código civil, si el núm. 2.° del art. 902 establece una facultad atribuida al albacea, á éste es á quien deben dirigirse las acciones para la efectividad de los legados en metálico, por ser él quien tiene medios para cumplir el encargo del testador y personalidad jurídica y procesal bastante para ser demandado en el concepto de cumplidor adecuado de la voluntad testamentaria en ese determinado extremo de la misma.

El art. 885 faculta además al legatario para pedir la cosa legada al albacea cuando éste se halle autorizado para darla; y autorización bien expresa concede el núm. 2.° del art. 902 referido.

El heredero á quien se dirigiese una reclamación de tal índole, podría contestar que invadiría misión ajena, ejecutando cosa distinta del consentimiento ó beneplácito que está llamado á prestar, cuando el albacea paga legados en dinero, según facultades que la ley, supliendo el silencio del testador, le otorga.

Ahora, tratándose de otra clase de legados, la decisión no debe parecer dudosa ni difícil. Cuando el tan repetido núm. 2.° los excluye de su contexto, da claramente á comprender que acerca de ellos el ejecutor testamentario nada puede hacer, salvo que el testador le confiera atribuciones determinadas sobre el particular. El pagador del legado, y á falta de designación, el heredero, creemos que serán los llamados á satisfacer y oir las reclamaciones judiciales que por tal motivo se susci-

ten. El primero, por disposición expresa del legislador contenida en el tratado de mandas, y el segundo, subsidiariamente en todos casos, por ser la verdadera representación jurídica del difunto.

Como dice Goyena, al explicar el precepto correspondiente del *Proyecto de 1851*, en los legados de cosas determinadas, como quiera que su dominio pasa al legatario desde que muere el testador (según así también lo dispone el art. 882 de nuestro Código), no es necesaria la intervención inmediata del albacea.

En los legados de cosas genéricas, como ha de preceder para su pago un acto del heredero sobre elección de la cosa legada, él es también, por otra parte, el llamado subsidiariamente á cumplir la misión que al albacea se confiere en las mandas de cantidad metálica.

Á pesar de lo dicho, reputaríamos válida la entrega de dinero legada, hecha por un heredero, siempre que nada dispusiera en contra el testador; pues del precepto que comentamos no se desprende prohibición alguna en tal sentido, y otra muy distinta es la idea que inspira toda la Sección anterior del Código que examinamos, al determinar las reglas generales sobre entrega de legados.

La *ley de Partida* anotada en los *Precedentes legales*, hace mención de un recurso previo de garantía ó fianza, común á toda clase de mandas, contra los albaceas morosos en el pago de éstas, exceptuando de la prestación de ese recurso á las personas que no merezcan el dictado de sospechosas. Inútil parece advertir que ni la diferenciación entre los que desempeñan el cargo de ejecutor testamentario, por razón de lo sospechoso de su conducta, ni otra garantía contra el incumplimiento de aquél, más que las reclamaciones ante los Tribunales, se hallan hoy vigentes.

Los albaceas pueden estar autorizados expresamente por el testador para la entrega de los legados, ya sean en metálico ó de cualquiera otra especie. Aunque no es este el supuesto regulado por el núm. 2.º del art. 902, juzgamos que cuando se presente en la práctica, deberá de concurrir del propio modo el beneplácito del heredero ó herederos. La razón que milita en uno y otro caso es la misma: la relación inmediata que existe entre las funciones de ejecución del albacea y el interés que legíti-

mamente el heredero tiene en que el haber hereditario pueda disminuirse ó aumentarse.

Como dice la *Resolución* de la Dirección general de los Registros de *4 de Febrero de 1880*, si bien la *ley 2.ª, tít. X de la Partida 6.ª*, autoriza á los albaceas para entregar las mandas hechas en los testamentos, *en la manera que en los mismos se ordenase*, el ejercicio y uso de dicha autorización exige el consentimiento del heredero, según se deduce del texto de la citada ley; y tratándose de bienes inmuebles, ese consentimiento resulta de todo punto inexcusable, no sólo conforme á la doctrina de la *ley Hipotecaria*, sino en justa observancia de lo dispuesto en la *ley 7.ª, tít. VI* de la nombrada *Partida 6.ª*

***

Venta por el albacea de los bienes hereditarios.—Para la efectividad, en determinados casos, de las facultades que se conceden á los albaceas en los números 1.º y 2.º del art. 902, se ha dictado el 903, que, por esta razón, debió de escribirse al pie de aquéllos, y no como precepto aparte, ya que no guarda congruencia con los restantes apartados de dicho art. 902.

El art. 903 es consecuencia obligada de lo que dispone el párráfo 2.º del 886, ya comentado, al ordenar que los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no la haya en la herencia.

Según el contexto del expresado art. 903, dos requisitos han de concurrir para que la aplicación del mismo resulte procedente: la inexistencia de metálico en el haber hereditario, y la negativa ó imposibilidad de los herederos á aportarlo, por su parte, con cargo al citado haber. Para acreditar esa negativa está indicado el requerimiento, ya privado ó ya notarial (si se desea hacer con toda la solemnidad debida), por parte del albacea á los herederos, con el objeto de que los gastos de la venta de bienes inmuebles ó muebles no se imputen ó haga de ellos responsables á dicho albacea, al rendir en su día sus cuentas á quienes proceda.

El citado precepto no exige requisito alguno para la venta, tanto de los muebles como de los inmuebles de la herencia, cuando se trate del supuesto que comprende el primer apartado

del art. 903, toda vez que la contrapone á la venta que regula el párrafo segundo, ó sea á la que procede cuando se hallan interesados en el haber hereditario menores, ausentes, Corporaciones y Establecimientos públicos. La primera de dichas ventas será, pues, extrajudicial, y puede hacerse en cualquiera forma, siempre que se respeten las reglas generales sobre eficacia de los contratos.

Media solamente la diferencia de que, tratándose de bienes muebles, *parece* que no es necesaria la intervención de los herederos, la cual se entiende precisa para la venta de los inmuebles.

Y decimos que *parece* porque, sin el punto y coma que separa ambos conceptos, entre las palabras «*muebles*» é «*y no alcanzando*», ese requisito de la intervención resulta aplicable, por lo menos gramaticalmente, á los dos referidos supuestos.

De todos modos, ya venimos comprobando que se exigen menos solemnidades para la venta de los bienes muebles que para la de los inmuebles, y á esto obedece ese nuevo requisito, tratándose de la segunda clase de bienes.

Algunos Códigos, como el chileno (art. 1.293) y el del Uruguay (945), requieren sólo la anuencia de los herederos *presentes* en las dos referidas ventas. No estaría de más que el Código español contuviera esa aclaración en beneficio de los albaceas que ordinariamente deben verificar el pago de funerales y legados en metálico, apremiados por las circunstancias.

Natural es que los herederos tengan la facultad de poder combatir toda venta que reputen demasiado onerosa ó perjudicial á sus derechos, los cuales ya dijimos que se hallan interesados en que el caudal hereditario no aparezca indebidamente desmembrado por virtud de los actos de ejecución del testamento que realicen los albaceas. Oponiéndose los herederos, y no autorizando el art. 903 ventas de inmuebles en las condiciones que se le antojen al ejecutor testamentario, claro es que, en último término, la intervención judicial será la que forzosamente dirimirá el conflicto, después que en el período probatorio se acredite lo beneficioso ó perjudicial de la enajenación proyectada.

Ya tenemos dicho en otra parte de estos Comentarios que en esas ventas nada pueden adquirir los albaceas, bajo pena de

nulidad, según ya lo habían dispuesto las *leyes 62, tít. XVIII, Partida 3.ª*, y *1.ª, tít. XII, lib. X* de la *Novísima Recopilación*, y en nuestros días un muy expresivo artículo del *Código penal*, el 412, que llega hasta reputar y castigar como fraude el hecho de que un albacea se interese en la compra de objetos de testamentaría.

Están equiparados á las ventas, para los efectos del art. 903, los préstamos hipotecarios. La *Sentencia* del Tribunal Supremo de *11 de Mayo de 1871* declara que los albaceas que pueden enajenar una finca por disposición expresa del testador, pueden con igual razón contratar un préstamo, hipotecando la misma finca, sin que obsten ni se infrinjan los artículos *139* y *140 de la ley Hipotecaria*, determinantes de que sólo podrán constituir hipoteca voluntaria los que tengan la libre disposición de sus bienes, ó, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo á las leyes; quienes podrán hacerlo por sí ó por medio de apoderado con poder especial para contraer este género de obligaciones, otorgado ante Notario público.

Si, pues, el art. 902 y su derivado legal prevén soluciones para cuando el testador nada haya dispuesto en materia de facultades de los albaceas, por analogía debemos, en cuanto á ellos, hacer aplicación de esa doctrina extensiva del Tribunal Supremo, ya que la ley, en esa materia como en otras muchas del tratado testamentario, no hace más que interpretar y establecer lo que en ese supuesto determinado haría el testador.

La *Resolución* de la Dirección general de los Registros *de 3 de Octubre de 1884* ya tenía declarado que la obligación que la *ley 62, tít. XVIII, Part. 3.ª* impone á los testamentarios de hacer pública subasta cuando se vean precisados á vender bienes de la herencia, no ha de entenderse sólo para los albaceas nombrados en testamento, sino que lo mismo han de cumplirla los legítimos y dativos.

Vaga es la referencia que se hace en el último apartado del artículo 903 á las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.

Analicemos ahora el precepto, aclarando las muchas dudas que ofrece.

La primera dificultad que presenta es la interpretación de la frase «*interesado en la herencia*», que, comparada con el con-

cepto de «*herederos*», de que se vale el párrafo anterior, da á entender que con alguien más que con aquéllos hay que contar, según dicho segundo apartado.

Realmente, «*interesado en el caudal hereditario*», en el sentido amplio de esta idea, lo es todo legatario y todo heredero. Mas si nos atenemos y circunscribimos á la significación jurídica de esa frase y al propósito del legislador, hemos de afirmar que sólo será interesado en la herencia todo aquel que no pueda asegurar ó garantir su derecho por los medios que las leyes tienen establecidos.

Sabemos ya, por haberlo expresado en comentarios anteriores, que los legatarios que no son de parte alícuota, es decir, los que no tienen facultad para promover el juicio de testamentaría, pueden pedir la anotación preventiva de su manda en el Registro de la propiedad, ya pretendiéndola sobre la misma cosa legada, si fuera determinada é inmueble, ya sobre cualesquiera bienes raíces de la herencia, no siendo el legado de especie, dentro *de los ciento ochenta días* siguientes á la muerte del testador (art. *45 de la ley Hipotecaria*). El legatario de créditos ó pensiones consignados sobre bienes inmuebles puede también, según el art. 46, constituir anotación preventiva sobre aquéllos.

Pues bien: todos esos legatarios que quieran asegurar suficientemente sus derechos, medios tienen para lograrlo; si no los ponen en práctica, cúlpense á sí mismos de tal negligencia, sin que ésta en ningún caso pueda implicar, además, molestias y dificultades para el ejercicio del albaceazgo y en perjuicio de los legatarios de cantidad en metálico.

Los de una parte alícuota de la herencia, por ejemplo, de una cuarta parte, están más directamente interesados en que aquélla no se disminuya ó desmembre por la venta ruinosa que un albacea pudiera hacer de los bienes inmuebles y muebles de la herencia; y justo es que se les garantice y prevenga contra posibles perjuicios, difíciles después, en muchos casos, de indemnizar.

De suerte que, á nuestro juicio, la frase «*interesados en la herencia*», en lugar de la cual el apartado último del art. 730 del *Proyecto de 1851* consignaba la de «*herederos*», equivale á as de «*legatarios de parte alícuota* y *herederos*».

La segunda dificultad del apartado que comentamos nos la proporcionan los conceptos descarnados y escuetos de «*menor*», «*ausente*», «*corporación*» y «*establecimiento público*», que siguen al de «*interesado en la herencia*», para que se vea que cada palabra en ese desgraciado párrafo supone un problema, y, según probaremos, un cúmulo de distingos, alguno de los cuales origina conflictos y no leves.

Respecto al concepto «*menor*», es preciso diferenciar varios casos. Si aquél se halla representado por sus padres, ¿qué formalidades intervendrán en la venta hecha por los albaceas? Esta pregunta requiere algunas explicaciones previas. Lo que al menor pueda corresponder en la herencia á que nos referimos, formará parte de su peculio, constituirá *bienes* (art. 160 del Código civil), adquiridos por el hijo no emancipado, por título lucrativo, en los que conserva la propiedad, y el padre ó madre que le tengan en su potestad y compañía, el usufructo.

Pues tales bienes, por virtud de lo que dispone el art. 164 del mismo Código, no podrán dichos padres enajenarlos, ni gravarlos, siendo de la clase de inmuebles, sino por causas justificadas de utilidad ó necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto á los efectos de la transmisión, establece la *ley Hipotecaria*.

Luego si los padres por sí mismos no pueden proceder á la enajenación de bienes de sus hijos, que administran y usufructúan, mal podrán autorizar á otras personas, como son los albaceas, á que vendan objetos de la herencia en cuya transmisión se halle interesado el hijo menor. La venta se verificará entonces, por tanto, con autorización judicial.

No debe sorprender esta radical teoría cuando, por otra parte, es significativo el empleo de la palabra «*menor*», en general, sin añadirla calificativo ni aclaración algunos, y con el precedente de que el citado párrafo 2.º del art. 730 del *Proyecto de 1851* se refería á «si alguno de los herederos fuviere tutor ó curador».

Las *Sentencias de 19 de Octubre de 1859* y *2 de Diciembre de 1862* también tienen declarado, en general, que los bienes de menores no pueden venderlos los albaceas sin licencia del Juez, ni aun para pagar deudas.

Entiéndase lo que llevamos dicho de la necesidad de la autorización judicial para la venta de bienes del menor sometido á patria potestad, respecto á la de bienes inmuebles. Si son muebles, á nuestro juicio, la enajenación bastará que se realice por el ejecutor testamentario, interviniendo en ella el padre, ó, en su caso y falta, la madre. Recuérdese lo que dice el artículo 164 citado.

Si se trata de un menor sujeto á tutela, debemos recordar lo que estatuye el núm. 5.° del art. 269, que exige en el tutor autorización del Consejo de familia para anajenar ó gravar bienes que constituyan el capital de los menores ó incapaces, ó hacer contratos ó actos sujetos á inscripción. Los artículos 270 á 272 disponen sobre el particular que el Consejo de familia no podrá autorizar al tutor para enajenar ó gravar los bienes del menor, sino por causas de necesidad ó utilidad, que el tutor hará constar debidamente, recayendo siempre la autorización sobre cosas determinadas. Dicho Consejo, antes de conceder autorización para gravar bienes inmuebles ó constituir derechos reales á favor de terceros, podrá oir previamente el dictamen de peritos sobre las condiciones del gravamen y la posibilidad de mejorarlas. Y cuando se trate de bienes inmuebles, de derechos inscribibles ó de alhajas ó muebles cuyo valor exceda de 4.000 pesetas, la enajenación se hará en pública subasta, con intervención del tutor ó protutor, vendiéndose por agente de Bolsa ó corredor de comercio los valores bursátiles, así los públicos como los mercantiles ó industriales.

Á estas reglas, pues, habrá de someterse el albacea en el caso sobre que venimos discurriendo, obteniendo en determinadas circunstancias, que ya diferenciamos, la mera intervención del tutor, autorizado previamente por el Consejo de familia, y en otras, las que tiene en cuenta el art. 272, celebrando la pública subasta con mediación del tutor y protutor, y no olvidando lo relativo á los valores bursátiles.

En cuanto al ausente, ¿aludirá el apartado último de nuestro artículo 903 á las personas que, según determinan los artículos 181 y 184 de este mismo Código, hayan desaparecido de su domicilio, sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes, y también á aquellas respecto de las cuales hubieran transcurrido dos años sin haberse recibido no-

ticia alguna ó desde que se recibieran las últimas, y cinco años en el caso de que hubieren dejado encargado de la administración de los bienes? ¿Ó se tratará, por el contrario, de todo aquel que se halle fuera del domicilio del albacea, aunque se conozca su paradero? Esto último supondría el violentar con exceso el sentido y tendencia del precepto que explicamos.

Ni en las leyes procesales ni en el Derecho civil se establecen garantías de prevención y de precaución más que en favor de los ausentes cuyo domicilio se desconozca. Y entendiéndose que el legislador, por regla general, habla siempre técnicamente, opinamos que el ausente á que se alude en el art. 903 es, por lo menos, el del 181, es decir, aquel que hubiere desaparecido de su domicilio y de él no se sepa su paradero, sin dejar apoderado que administre sus bienes, en cuyo caso podrá el Juez, á instancia de parte legítima ó del Ministerio fiscal, nombrar quien le represente en todo lo que fuere necesario. Lo cual, asimismo, se practicará cuando en iguales circunstancias caduque el poder conferido por dicho ausente.

El nombramiento de administrador recaerá, por lo que nos da á entender el art. 183, en el cónyuge que no estuviere por la ley separado del ausente ó en sus padres, hijos ó abuelos, por el orden establecido en el art. 220.

Ahora bien: como el art. 182 declara que el Juez señalará las facultades, obligaciones y remuneración de dicho representante, regulándolas, según las circunstancias, por lo que está dispuesto respecto á los tutores, claro es que, llegado el caso de venta de bienes de ese ausente ó en los que tenga éste algún interés conocido, ha de solicitarse la autorización judicial, pues ni en el supuesto expresado puede acudirse á Consejo de familia alguno, ni huelga aquella formalidad cuando, según veremos, el ausente ya declarado en forma por los Tribunales, queda representado por su cónyuge.

De suerte que indirectamente se halla resuelta la cuestión de si han de hacerse con autorización judicial las ventas de bienes en que aparezcan interesadas personas cuya ausencia sea de primer grado, digámoslo así.

Transcurridos los dos y cinco años que dijimos señalaba el artículo 184, y pidiéndolo los parientes que designa el 185, la declaración judicial más solemne de la ausencia procede, aun-

que no surtirá efecto hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales. El administrador que, en ese caso, se nombre al ausente puede ser también su cónyuge ó los parientes que menciona el tan repetido art. 220. Si es el primero, expresa ya el art. 188 que los bienes del ausente no podrá enajenarlos, permutarlos ni hipotecarlos sino con autorización judicial; con lo cual se da á entender que si son otros los administradores, con más razón procederá ese requisito.

Obsérvese el descuido de los autores del Código en la redacción del párrafo final del art. 903, al no mencionar entre las personas necesitadas de la garantía que aquél establece á los incapacitados, habiendo respecto de ellos las mismas razones jurídicas y morales que con relación á los menores y ausentes.

Si se trata de *herederos incapacitados*, sus representantes legales intervendrán en las ventas (si bien nada más que de los inmuebles) de que trata el expresado precepto; y para tal fin, necesitarán hallarse autorizados por el correspondiente Consejo de familia.

Mas si es otra la clase de interesados en la herencia, la duda puede adquirir mayor importancia, existiendo dos argumentos igualmente poderosos y contrapuestos, fundado el uno en el silencio terminante que el legislador observa en el apartado segundo del art. 903, con respecto á los incapacitados, y pudiendo basarse el otro en el conocido apotegma jurídico *ubi est eadem ratio legis, eadem debet esse iuris dispositio.*

Recomendamos muy encarecidamente la solución de esta dificultad á la Comisión revisora del Código civil, si es que la conceptúa digna de ocupar sus trabajos, debiendo, en tal caso, extender su tarea en ese particular á dar otra redacción más clara, detallada y precisa en referencias á todo el párrafo, causa principal de la extensión que damos al presente comentario.

¿Podemos entender también que las palabras «*corporación ó establecimiento público*» fueron empleadas intencionada y científicamente por el legislador, y es de rigor, por tanto, poner en relación de correspondencia el expresado párrafo con la disposición general del art. 35 de este mismo Código?

Ese artículo distingue, como personas jurídicas, las corpo-

raciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, de las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles ó industriales, á las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

A nuestro juicio, deducido del espíritu que impera en otras partes del Código con relación á dichas personas, la verdadera nota diferencial ó requisito para que proceda la aplicación de la citada garantía, es que tales personas jurídicas persigan un fin de carácter público, se propongan un objeto que interese á todos los individuos de España, de una de sus provincias, localidad ó comarca determinada.

Las asociaciones de interés particular entendemos que deben de equipararse á las personas naturales que se hallan en el libre y completo ejercicio de sus derechos civiles, tratándose de las cuales, ya sabemos que el albacea no necesita trámite judicial alguno en la venta de los bienes de la herencia para realizar el pago de mandas en metálico. El hecho de la asociación no engendra prerrogativas en el problema de que nos ocupamos; sólo las produce la circunstancia de que aquéllas persigan un objeto de carácter público.

Y ¿qué requisitos deben mediar en la venta de que tratamos, cuando uno de los interesados en la herencia sea una de esas Corporaciones? Á nuestro juicio, el realizar dicha venta con intervención y aprobación del Gobierno. Así lo deducimos de lo que disponen los artículos 748 y 994, al tratar de la institución de heredero hecha bajo condición ó imponiendo un gravamen á esas Corporaciones, y de la aceptación y repudiación de herencia dejada á las mismas. En ninguna ley creemos se declare que en tal caso procede la venta con autorización judicial.

*
* *

Venta judicial por el albacea de bienes hereditarios. Formalidades de la misma.—Entresacamos de los artículos 2.011 á 2.024 de la ley de *Enjuiciamiento civil*, las formalidades que, al iniciarse y resolverse el expediente de autorización judicial de venta de bienes hereditarios, deberán tenerse presentes por el

albacea y el correspondiente Juzgado, en los casos que procedan, según lo que consignamos anteriormente, pues dicho Código procesal no ha previsto el supuesto regulado por el artículo que comentamos. La *ley 62 de Partida*, transcrita en los *Precedentes legales* de dicho artículo, sólo dicta reglas para el otorgamiento de la escritura de venta hecha por el albacea en el caso indicado, declarando que tal venta ha de hacerse en almoneda pública, á fin de que no pueda producirse ningún engaño.

El albacea, acreditando su personalidad, y en el papel timbrado propio de la jurisdicción voluntaria, acudirá al Juez competente (que lo es el del lugar en que los bienes se hallaren ó el del domicilio último que haya tenido el difunto, aplicando por analogía la regla 23, art. 63 de la ley rituaria), expresando el motivo de la enajenación y el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga, y diciendo que desea acreditar la necesidad ó utilidad de dicha enajenación, con audiencia del Ministerio Fiscal en el Juzgado de primera instancia al que se dirija. Si tal justificación ha de hacerse por medio de testigos, deberán éstos ser tres, por lo menos, dando fe el Actuario de conocerlos; si no los conociese, exigirá la presentación de dos testigos de conocimiento; todo ello se practicará con citación de dicho Ministerio. Cumplidos estos trámites, el Juez dictará auto, otorgando ó denegando la autorización para la venta, cuyo auto será apelable en ambos efectos. La autorización se concederá, en todo caso, bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta y previo avalúo, si se tratase de bienes inmuebles, derechos de todas clases y alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo. El Juez será siempre quien haga el nombramiento de peritos para dicho avalúo, los cuales no podrán ser recusados, como tampoco el tercero, si hubiere necesidad de nombrarlo por haber discordado de los primeros. Hecho el avalúo, el Juez mandará que se anuncie la subasta por el término de treinta días, designando el local, día y hora en que haya de celebrarse, y que se fijen edictos en los sitios de costumbre, insertándolos además, si lo estima conveniente, en algún periódico oficial. No podrá admitirse postura que no cubra el valor dado á los bienes; y, si ninguna se hace, el albacea podrá formular cualquiera de las pretensiones siguientes: que se le tenga por apartado y se sobresea

en el expediente; que se le autorice para la venta extrajudicial por el precio y las condiciones que le sirvieron para la subasta, ó que se anuncie segunda subasta con la rebaja del *20 por 100* en el precio. Optando por la segunda pretensión, si dentro del año de verificada la primera subasta no pudiera el albacea realizar la venta extrajudicial, podrá pedir que se anuncie otra con la rebaja indicada, cuya subasta se celebrará con las mismas solemnidades que la primera. Caso de que no haya postor en aquélla, podrá el Juez autorizar á dicho albacea para la venta extrajudicial por el precio de ese segundo remate.

Como el caso previsto por nuestro art. 903 comprende el de venta, cuya autorización judicial se solicita para pago de deudas testamentarias, procede asimismo aplicar el art. 2.021 de la citada ley procesal; y, bajo tal supuesto, el mismo albacea está facultado para pedir al Juez la celebración de una tercera subasta con rebaja de otro *20 por 100* sobre el tipo señalado en la segunda. Si tampoco resultase postura admisible, podrá autorizarse al ejecutor testamentario para realizar extrajudicialmente la enajenación por el precio señalado para la tercera subasta.

Ya que el apartado último del art. 903, por su colocación y términos generales, alude tanto á la venta de bienes inmuebles como á la de los muebles (pues es bastante significativa la supresión del adjetivo «*inmueble*», que, en el párrafo segundo del artículo 904 del *proyecto de 1882*, precedente casi literal del que comentamos, acompañaba al sustantivo «*bienes*»), conviene también advertir, de conformidad con el art. 2.022 de la ley rituaria, que los efectos públicos y valores de toda especie, sean al portador ó nominativos, se enajenarán siempre por medio de Agente ó Corredor de Bolsa que nombre el Juez y al precio de la cotización oficial; no cotizándose en Bolsa, se venderán con las formalidades antedichas para la venta de inmuebles.

Hecha la venta, cuidará el Juez, bajo su responsabilidad, de que se dé al precio que se haya obtenido la aplicación indicada al solicitar la autorización.

Esta disposición, en su caso, deja abierto el recurso para que los interesados en la herencia á que venimos aludiendo puedan reclamar ante esa autoridad judicial contra las extralimitacio-

nes del albacea al dar al producto de la venta de los inmuebles ó muebles, una inversión diversa de la del pago de legados en metálico, para cuyo objeto exclusivamente impetró la licencia del Juzgado.

Por último, el mismo órden de colocación de los artículos 901, 902 y 903, y la amplitud é importancia que debe otorgarse siempre á toda manifestación del testador, autorizan á afirmar que las reglas especiales enumeradas sobre venta de bienes hereditarios, no regirán cuando el albacea fué autorizado en testamento para vender bienes de la herencia. Ya la *Sentencia de 28 de Junio de 1882*, según dijimos, dejó declarado que la *ley 62, tít. XVIII, Part. 3.ª*, si bien establece el principio de que las ventas que otorguen los albaceas hayan de ser en almoneda, *porque non se pueda hi fazer engaño*, esto sólamente se entiende en los casos ordinarios de albaceazgo y no en los en que el testador autoriza á sus albaceas con facultades extraordinarias y prescribe el modo en que han de venderse sus bienes para el cumplimiento de su voluntad, única norma á que deben subordinarse sus actos.

***

Vigilancia de la ejecución de lo ordenado en el testamento y sostenimiento de la validez de éste.—Decia, según ya sabemos, la *ley 1.ª, tít. X, Part. 3.ª*, que *los testamentarios «ofrecen gran pro quando fazen su oficio lealmente, porque se cumplen más pronto por acucia de ellos las mandas que son puestas en los testamentos»*. Ostentan ó deben ostentar, pues, la condición de guardianes en el cumplimiento de la voluntad del testador, y, en tal sentido, se les confieren atribuciones y personalidad para vigilar la ejecución de extremos de aquélla que no les han sido especialmente confiados. Esta misma facultad y obligación les corresponderá aun en el caso de que el testador les confiriese otras, á no ser que el mismo formulara prohibición expresa de ejercer las primeras. Por esto dice la *Sentencia de 7 de Junio de 1862* que cuando los albaceas están facultados por el testador para la ejecución de su testamento y para que procedan por sí mismos al inventario y partición de sus bienes, están autorizados y tienen, por tanto, personalidad para representar la

testamentaria y defender sus derechos en juicio mientras permanezca yacente la herencia.

Una medida de vigilancia de las á que alude la regla 3.ª de nuestro art. 903, bien puede ser la que comprende la *ley 2.ª de Partida*, transcrita en los *Precedentes legales*, al declararse en ella que los testamentarios pueden procurar y demandar las cosas de que fuesen hechas las mandas, ya las conservara el heredero ó ya cualquiera otra persona.

De suerte que, independientemente de la acción del mismo legatario, el albacea, dentro del ejercicio del cargo, á falta de expresión del testador, tiene personalidad jurídica, que ningún Juez ni Tribunal pueden desconocer, aun para reclamar judicialmente el pago de legados, si él no fué especialmente comisionado al efecto ó no se trata de los en metálico.

El legislador no supone, pues, que en el solo interés del legatario está el percibo de la merced que le fué concedida en el testamento de que se trate, sino que, para hacer más segura y rodear de mayores garantías la efectividad del derecho de dicho legatario, ese guardián ó vigilante de la ejecución de la voluntad testamentaria, en defensa de la buena memoria del que le nombró, puede hasta *llamar á capítulo*, digámoslo así, á los mismos herederos á quienes, en su día, tendrá que rendir cuentas de su encargo.

La prudencia y conocimiento de las circunstancias en cada caso concreto, indicarán al testamentario cuándo debe detenerse ante los límites de una extrema oficiosidad ó proceder sin contemplaciones al cumplimiento de lo que él estime realmente su deber.

Si bien en ningún artículo del Código se consigna que los herederos, en su caso, han de satisfacer las mandas con intervención de los albaceas, á fin de que en ese extremo del testamento pudieran aquéllos vigilar su ejecución, eso no obsta para que, conociendo de cualquier modo la manera cómo esas deudas hereditarias aparezcan pagadas, puedan, velando tanto por el interés de los legatarios como por los deseos sacratísimos del difunto, llevar á cabo, sin miramiento ilícito alguno, la inspección que se les encomienda, la cual, como es natural, puede llegar hasta entorpecer, si procede, ó hacer que se practique en forma la obligación de pago de mandas que un testa-

dor impuso á su heredero ó á cualquier legatario, cuando éstos lo son con carga. No otra explicación y alcance pueden tener las primeras palabras de esa regla 3.ª, si es que algo quieren decir ó dar á entender.

Debemos, por tanto, considerar implícitamente derogada la *ley 4.ª, tít. X, Part. 6.ª*, también transcrita en los *Precedentes legales*, que sólo autorizaba en cuatro casos al testamentario para demandar en juicio y fuera de él los bienes del muerto, con el fin de cumplir su testamento, aunque no quisieran los herederos. El espíritu más amplio y más confiado en el arbitrio del albacea, en que se halla concebida la redacción de dicha regla, le permiten ejercer la vigilancia de que tratamos sin más excepciones que las que ya dijimos le dictasen su prudente circunspección y el conocimiento de lo ordenado por el testador en cada caso y de las leyes aplicables á éste.

Consecuencia de dicha misión de vigilancia es la de que el albacea *defienda en juicio y extrajudicialmente la validez del testamento*, cuando así sea justo, pues para poder ejecutarlo en todas sus partes, á veces tendrá que preceder la declaración de hallarse otorgado con arreglo á todas las solemnidades previstas por el Derecho.

Recordamos, á tal fin, lo que antes de ahora hemos indicado en este mismo comentario. Tiene el albacea personalidad procesal perfecta para intervenir, ya como demandante, ó ya como demandado, en pleito que se promoviera sobre validez ó nulidad de todas ó cada una de las cláusulas de un testamento. Y ningún Juez podría rechazar á tal albacea en este sentido, aunque no figurara en las actuaciones ningún heredero. Éste se reputa representante jurídico y exclusivo del testador en los casos en que no lo sea á su vez el ejecutor testamentario, como ocurre en el problema á que venimos refiriéndonos. Aquél puede coadyuvar á la acción del heredero, cuando éste sostenga dicha validez en frente de cualquier otro interesado en la herencia, sin que se consideren incompatibles esas dos acciones, y ya figuren ambos como actores ó demandados, por lo cual no pueden en justicia prevalecer contra ellos en ningún caso las excepciones dilatorias, números 2.º y 4.º del art. 533 de la *ley de Enjuiciamiento civil*, ó sean las que consisten en la falta de personalidad, por no acreditar el actor el carácter ó representación con que

reclama, ó igual falta en el demandado por no tener el carácter ó representación con que se le demanda, cuando alguna de estas excepciones se hiciera valer por el litigante adverso.

Por esto advierte el jurisconsulto francés Rogron, al comentar el art. 1.031 del Código de su país (en el que se establece también la facultad de que tratamos), que dicho precepto crea, en favor de los ejecutores testamentarios, un derecho especial, el cual constituye una excepción á la regla general establecida, para los casos ordinarios, por el art. 466 del Código de procedimientos, según el que no se concede intervención en los litigios sino á aquéllos que tendrían siempre derecho á formular oposición como terceros. El testamentario puede intervenir, como dice Laurent, por virtud de la misión que el testador le ha dado de procurar la efectividad de su testamento, siendo ese derecho de intervención una consecuencia de los principios establecidos por las leyes, una extensión del derecho común.

Es muy significativo ese entrecomado que se halla en las últimas palabras de la regla 3.ª que explicamos, «*siendo justo*». ¿Quién va á calificar esta justicia? ¿El propio albacea? En ningún modo. Si se trata de un pleito, las autoridades judiciales llamadas á intervenir en él; y esta declaración no podrá, por tanto, hacerse previamente, á no ser que, para efectos ulteriores, pudiera excusarse dicho albacea de intervenir, con informes de letrados que le aconsejaran ó una prudente retirada á tiempo, ó la abstención completa en los actos judiciales ya en tramitación.

Según nuestro concepto, esa frase ha de aludir principalmente á la idea de que, declarada injusta, improcedente, maliciosa, superflua la intervención del albacea, las costas que haya originado en el pleito deben á él personalmente imputársele, y no, como gastos comunes, á la herencia. Á este propósito cita el referido Rogron una sentencia de los Tribunales franceses, según la cual, si los ejecutores testamentarios interventores, invocan los mismos medios de defensa que el heredero, llegando á formar una doble defensa, debe hacerse responsable á los primeros de las costas del litigio, pues entonces su presencia en el proceso es inútil, y, por consecuencia, cuestatoria.

Si nuestro precepto estuviese tan claro y terminante como el correspondiente citado del Código francés, no habría lugar á

las expuestas dudas. Aquél, en efecto, sólo autoriza al albacea á intervenir cuando el testamento aparezca impugnado por lo que se refiere á su ejecución.

No acertamos á adivinar qué es lo que quiere decirse al suponerse la posibilidad de que la validez del testamento haya de sostenerse fuera de juicio también, como no se aluda al caso en que por transacción extrajudicial ó ante Jueces árbitros ó amigables componedores, quede resuelto ese importante extremo, pues nadie más que los mismos interesados, ó, por su desavenencia, los Tribunales de justicia, y aquellos otros Jueces pueden terminar diferencias y sentar declaraciones obligatorias sobre la controversia que se suscite.

Del propio contexto de la expresada regla 3.ª se deduce una prohibición que algún Código extranjero claramente formula y que el insigne Laurent advierte, al afirmar que la ley no da al ejecutor testamentario el derecho de ejercer las acciones de la sucesión; al contrario, se lo rehúsa implícitamente, permitiéndole sólo intervenir en los litigios que conciernen á la ejecución del testamento. Él no es, además, el representante de los herederos; éstos mismos pueden y deben velar por sus intereses. Encargado sólo de asegurar la ejecución de las últimas voluntades del difunto, queda limitado su mandato, y fuera de esos límites no puede, por tanto, obrar.

El art. 3.862 del Código de la República Argentina declara que el albacea tiene derecho á intervenir en las contestaciones relativas á la validez del testamento ó sobre la ejecución de las disposiciones que contenga; mas no puede intervenir en los pleitos que promuevan los acreedores de la sucesión ú otros terceros, en los cuales son parte los herederos y legatarios; pues según expresa un anotador de dicho Código, aunque el albacea tuviese facultad para pagar las deudas, no puede reconocer un crédito contra la sucesión cuando hay herederos legítimos ó instituídos en el testamento, porque no tiene mandato para representar á los herederos, sino en las cosas que se derivan del testamento.

Nosotros debemos hacer la excepción de que si dichos acreedores plantearan y persiguieran la nulidad del testamento, ó con motivo de su reclamación, por alguien se suscitase la cuestión de validez de aquél, el derecho de intervención en el pleito

por parte del albacea se convertiría en un verdadero deber, según la doctrina que veníamos antes exponiendo, siempre que dicha intervención fuere justa y no superflua.

Más concretamente todavía, los artículos 747 del Código uruguayo y 1.295 del chileno declaran que el albacea no podrá comparecer en juicio sino para defender la validez del testamento, ó cuando le fuese necesario para llevar á efecto las disposiciones testamentarias que le incumban.

Y la *Sentencia de 28 de Abril de 1897* declara bien estimada una excepción dilatoria de falta de personalidad alegada por un albacea á quien se demandó considerándolo representante de la herencia, y cuando á los efectos del art. 1,026 del presente Código, no aparecía que aquél, ni como albacea contador ni por otro título, había sido administrador de tal herencia, calidad necesaria para que, conforme á dicho precepto legal, hubiera tenido personalidad bastante para representar en juicio á la misma herencia.

***

Conservación y custodia de los bienes hereditarios.—Decimos de la última regla del art. 902 lo que de la anterior. Lo genérico y vago de sus términos da origen á dudas y á dificultades de interpretación que todo comentarista está en el deber de afrontar y decidir.

Realmente es tan fácil salvar los límites que separan el cargo de albacea de la condición jurídica de heredero, que aun reduciendo la comparación al caso más definido y más comprensible, de que el testador no señalara ni á uno ni á otro sus funciones, es decir, al supuesto legal que en gran parte regulan los artículos 902 y 903 de este Código, que prevemos la posibilidad de que la práctica ofrezca con frecuencia conflictos ó choque de atribuciones, si el ejecutor testamentario y el heredero ó herederos reclaman el exclusivo respeto de su intervención en el cumplimiento de las cláusulas testamentarias.

La predicha regla cuarta supone que los bienes de la herencia se hallen en poder del albacea, porque mal puede tomar éste las precauciones necesarias para la conservación y custodia de aquéllos, si los retienen los herederos; á no ser que

éstos ofrezcan á los primeros todas las garantías legales oportunas.

De otra parte, tales herederos, por regla general, son los que hacen el pago de legados, pues sólo excepcionalmente, según ya sabemos, los albaceas realizan ese cometido; y en tal caso, necesitan los primeros tener á su disposición bienes con que atender á los pagos, si para entonces no ha dado fin el albaceazgo. Claro es que si esto ocurre, y los herederos exigen al albacea los medios para ejecutar el testamento en la parte que á ellos afecta, se hallan en su derecho y debe éste reconocérseles y hacerse efectivo, datándose entonces de la correspondiente entrega de caudal hereditario dicho albacea en las cuentas que, según el art. 907, que luego examinaremos, habrá de rendir á los herederos.

La expresada regla, ¿puede autorizar al ejecutor testamentario á inventariar los bienes de la herencia? Cuestión es ésta, no tan fácil de resolver á primera vista, atendidos los precedentes legales que conocemos sobre la materia y la redacción poco expresiva de dicha regla.

Hemos de apartar el caso de que el testador hubiera concedido por acto *inter vivos* ó *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición de su herencia al mismo albacea, pues para entonces ya tiene dispuesto el artículo 1.037 del Código que aquél deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de los herederos, acreedores y legatarios. Prescindimos, asimismo, del supuesto en que el testador ordenara la práctica del inventario, en la que, á nuestro juicio, no puede prohibirse que intervengan ninguno de los interesados de la herencia á quienes nos referimos al explicar el párrafo 2.º del art. 903.

Pues bien; el art. 731 del *proyecto de 1851* expresa que los albaceas no podrán, so pretexto de pago de legados y funerales, proceder al inventario de los bienes del difunto contra la voluntad de los herederos. El 732 dispone que se procederá á la formación de inventario siempre que el testador lo hubiera ordenado ó los herederos lo consintieren. Y el 733 añade que deberán también los albaceas recibir inventario siempre que el testador les hubiera encargado la inversión ó distribución de toda ó parte de la herencia en alguna fundación ú objetos piadosos ó de pública utilidad, permitidos por las leyes.

La regla cuarta del art. 903 del *proyecto de 1882*, en vez de la que examinamos en estos momentos, comprende la de «hacer inventario de los bienes del difunto en presencia del heredero ó después de haberle citado».

¿Puede estimarse que el último párrafo, ó sea la regla cuarta de nuestro art. 902, constituya una modificación tácita del precedente doctrinal que suponen los *proyectos de 1851 y 1882* sobre el problema de que nos ocupamos? No lo entendemos así, aunque otra cosa parezca indicar un tratadista español. Lo que, por el contrario, se desprende del contexto de esa regla es el propósito del legislador de reservar al criterio del albacea la práctica y oportunidad de tal inventario, generalizándose la disposición en términos que permitan á dicho albacea elegir los medios que mejor conduzcan al fin de la custodia y conservación de los bienes hereditarios.

No existiendo prohibición alguna en los artículos que constituyen el presente tratado sobre albaceas para practicar éstos el inventario de que tratamos, y dándoles, por el contrario, amplias facultades para que tomen las precauciones necesarias á la conservación y custodia de los bienes, ¿cómo han de practicarse dichas medidas con alguna eficacia sin asegurarse el testamentario del número, clase y estado de los distintos objetos que el testador transmite por el hecho de su muerte?

Con relación al Derecho civil antiguo, se dice en el *Febrero reformado* que están obligados los testamentarios universales, no los particulares, á hacer inventario formal de los bienes del testador ante Escribano y testigos, sin que á ello obste el que el testador los releve de tal obligación.

En resumen, pues, creemos que es potestativa en el albacea la práctica del inventario, y mucho más resultando la mejor, en ciertos casos, para asegurar la conservación y custodia de los bienes, como puede ocurrir cuando éstos sean en gran número y de importancia.

La oposición de los herederos á tal medida sería indiferente; pues lo más que podrían pretender, y eso ya lo tiene previsto la misma regla 4.ª del art. 902, es presenciar é intervenir el inventario. A tal fin, el albacea los citaría para el mismo, cumpliendo sólo con avisar á los herederos presentes.

Esas medidas de conservación y custodia pueden consistir,

del propio modo, en la adopción de las que implicaran reparaciones urgentes en los bienes hereditarios, aseguramiento de inmuebles y aun de muebles expuestos á riesgos conocidos, mantenimiento y curación de los semovientes que lo necesitaran; y, en fin, en todo recurso que claramente se propusiera alguno ó ambos de esos dos objetos de custodia y conservación, siempre que redunden en beneficio del caudal, que el albacea ha de mirar como lo haría un buen padre de familia, según frase que el mismo legislador emplea en el párrafo segundo del artículo 1.719 de este Código, al expresar una de las más importantes obligaciones del mandatario.

***

Crítica del concepto «facultades del albacea» empleado por el Código.—No debemos terminar el ya extenso comentario del artículo 902 sin antes exponer determinadas consideraciones que al mismo en su totalidad se refieren. Comienza en él declarándose que, no habiendo el testador determinado las *facultades* de los albaceas, tendrán las que ya quedan explicadas. Contra la propiedad de esa palabra que subrayamos, conviene advertir que si fuera á tomarse en el significado que gramaticalmente se le otorga, quedaría echada por tierra la virtualidad de todo lo que acabamos de examinar y burlado el sano y previsor propósito del legislador, al fijar la misión del ejecutor testamentario subsidiariamente y por virtud del silencio del testador sobre tal extremo.

Si por considerar *facultades* todo lo que al albacea se le prescribe en el art. 902, fuese en aquél potestativo el cumplirlas ó no, ese cargo estaría de más en los testamentos, cuando no lo regulara el mismo testador, pues se daría á entender que el testamentario podría, á su voluntad y capricho, disponer y pagar los sufragios y el funeral del difunto, satisfacer los legados que consistan en metálico, vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, sosteniendo en juicio y fuera de él su validez, siendo justo, y tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes. Y esto, aun existiendo herederos, sería irracional é inadmisible, presupuesta la diversificación de las dos representaciones.

¡Cuánto más no lo sería y á qué desastrosas consecuencias no provocaría, faltando herederos!

Ese *lapsus*, pues no otro calificativo más cortés podemos emplear, que el legislador cometió, es irremediable, á no suponer que en lugar de este término *facultades* debió haberse valido aquél del de *obligaciones*, es decir, del opuesto en significación y alcance. De otro modo, no se explica el art. 902, ni es fácil hacerse cargo de lo que debe ser en nuestro Derecho un albacea, á quien el testador se abstuvo de señalar su esfera de acción.

El legislador español se dejó llevar, sin previa meditación, del contexto de los artículos correspondientes en los *proyectos de 1851 y 1882*, y no paró mientes, por lo que se ve, en que los artículos 1.899 del Código portugués, 1.284 á 1.293 del chileno, 936 á 945 del de Uruguay, 1.031 del francés, 3.707 del mejicano, 908 del guatemalteco, 908 del de Italia, entre otros muchos, llaman terminantemente *obligaciones*, y les dan el alcance jurídico de tales á las mismas ó muy parecidas que, con la impropiedad á todas luces demostrada, llama nuestro art. 902 facultades, á pesar de lo que son éstas perfectamente exigibles, y llevan consigo, de no cumplirse, la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, á los efectos del párrafo 1.° del art. 1.718, que regula la primera y más principal obligación de todo mandatario; pues como dispone el art. 3.869 del Código de la República Argentina, el albacea es responsable de su administración á los herederos y legatarios, si, por falta de cumplimiento de sus obligaciones, hubiere comprometido sus intereses.

***

Posesión de los bienes hereditarios por el albacea.—El *proyecto de Código de 1882*, antes de entrar á tratar del plazo en que los albaceas hayan de desempeñar su encargo, y á continuación de los preceptos reguladores de las facultades de aquéllos, incluye dos artículos, cuya omisión ó, por lo menos, la de su doctrina en nuestro Código, no deja de extrañarnos. Dice el primero de ellos, el 905, que, existiendo herederos forzosos, no podrá el testador disponer que los albaceas se apoderen ó tomen posesión de los bienes hereditarios, pero sí ordenar que,

mientras la herencia esté proindiviso, los actos y contratos que celebren los herederos se hagan con intervención y citación en forma de dichos albaceas. Y el segundo, el 906, declara que si los herederos fuesen voluntarios y el testador, por cualquier motivo, hubiese diferido ó aplazado la entrega de bienes al heredero, se podrá autorizar á los albaceas para que los conserven y administren, atendiendo con su producto á las cargas de la herencia. Esto se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 892, para el caso en que el testador hubiese instituído heredero desde ó hasta cierto tiempo.

Ambos preceptos presentan grandes analogías de doctrina con la de los párrafos 2.° y 3.° del art. 728 del *proyecto de 1851*.

¿Son aplicables tales disposiciones á nuestro Derecho civil positivo novísimo? Ó sea: la interesante cuestión de si los albaceas tienen por el testador ó por la ley la posesión de los bienes hereditarios, con y sin herederos forzosos, á que llama el Derecho francés *saisine*, ¿procede resolverla hoy en el sentido en que lo hacen esos dos precedentes doctrinales de nuestro Código? Indirectamente tenemos ya contestado á esta pregunta en varias partes del presente comentario. El testador puede dar á sus testamentarios todas las facultades que no sean contrarias á las leyes. No estimamos que sea de esta naturaleza el apoderamiento de la herencia, siempre que los derechos legitimarios de los herederos forzosos aparezcan suficientemente garantidos; para lo cual, aquéllos, en los actos de administración, de custodia y conservación del caudal hereditario que realicen los albaceas, tendrán siempre la facultad de intervenir, y, hasta en su día, el derecho de comprobar y censurar las cuentas que presenten los ejecutores testamentarios, y exigirles, si procede, la consiguiente responsabilidad.

El hecho de no dar cabida entre los preceptos de nuestro Código á los transcritos del *proyecto de 1882* indica asimismo bien á las claras el propósito del legislador de 1889 de no señalar, con tal prohibición, esa traba ó cortapisa al testador que quiera llevar la confianza en su albacea hasta el extremo de encargarle del depósito y custodia de los bienes de la herencia.

Si el testador nada dijo sobre tal particular, el párrafo ó regla 4.ª del art. 902 también soluciona, á nuestro juicio, la expuesta duda. En aquélla se autoriza al albacea para tomar las

precauciones necesarias al fin de la custodia y conservación de los bienes hereditarios, con intervención de los herederos presentes. Y ya dijimos también que mal pueden tomarse esas medidas previsoras hallándose dichos bienes en poder de los herederos.

Además, ningún artículo del Código conocemos que establezca directa ni virtualmente esa posesión de dichos bienes por los herederos con preferencia á los albaceas, y, en cambio, alguna fuerza de verdad representan los argumentos expuestos, los cuales, según se ve, no implican violencia ni tergiversación de los preceptos legales.

No se da contradicción entre la doctrina expuesta y la que rige en materia de posesión. Siempre hemos venido partiendo de la idea de que la posesión de que hablamos será provisional en el albacea y en cuanto resulte indispensable para el desempeño de su cargo. Tendrá, pues, tal posesión los caracteres de una posesión natural, ó sea, según el art. 430 del Código, aquella que consiste en la tenencia de una cosa ó en el disfrute de un derecho por una persona. Y nos parece también indudable que la posesión jurídica, la civil, que llama el propio precepto citado, es decir, esa misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó derechos como suyos, corresponde de pleno derecho á los herederos que, según el art. 661 del mismo Código, suceden al difunto, por el hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones.

En resumen, y para terminar, aplicando al caso propuesto el tecnicismo del art. 432, por virtud del que la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: en el de dueño ó en el de tenedor de la cosa ó derecho para conservarlos ó disfrutarlos, perteneciendo el dominio á otra persona, el albacea posee en el segundo de dichos conceptos y los herederos en el primero.

ART. 904. El albacea, á quien el testador no haya fijado plazo, deberá cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación, ó desde que termi-

nen los litigios que se promovieren sobre la validez ó nulidad del testamento ó de alguna de sus disposiciones.

Concordancias.—Análogo al art. 735 del proyecto de 1851 é igual al 907 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. X, ley 6.ª*—...E si por auentura el non señalare dia nin tiempo, fasta que lo cumpliessen, deuense ellos (los testamentarios) trabajar, luego despues de la muerte del testador, de lo cumplir, lo mas ayna que pudieren sin alongamiento e sin escatima ninguna. E si embargo tan grande ouiessen porque non lo podiessen luego cumplir, deuense trabajar que lo cumplan en todas guisas a lo mas tarde fasta vn año despues de la muerte del testador...

ART. 905. Si el testador quisiere ampliar el plazo legal, deberá señalar expresamente el de la prórroga. Si no lo hubiese señalado, se entenderá prorrogado el plazo por un año.

Si, transcurrida esta prórroga, no se hubiese todavía cumplido la voluntad del testador, podrá el Juez conceder otra por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso.

Concordancias.—Igual al párrafo 1.° del art. 908 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 906. Los herederos y legatarios podrán, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por

el tiempo que crean necesario; pero, si el acuerdo fuese sólo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año.

Concordancias.—Análogo al art. 909 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 904, 905 Y 906.—Fácilmente se echa de ver que los tres preceptos cuyo estudio va á ser objeto del presente comentario se refieren todos al problema del plazo dentro del cual han de cumplir su encargo los ejecutores testamentarios.

Del art. 904 se deduce que el testador puede señalar ese plazo con toda libertad, de acuerdo con el principio en que se inspira el otorgamiento á dichos ejecutores de todas las facultades que no sean contrarias á las leyes.

No daba tal amplitud de atribuciones al testador, en cuanto al expresado plazo, el art. 735 del *proyecto de 1851*, pues prohibía que aquél excediera de un año, siguiendo la tendencia del Código francés, que en sus artículos 1.026 y 1.031 no autoriza la posesión de los bienes hereditarios ni la dación de cuentas más allá de ese plazo anual, á contar desde la muerte del testador.

Parécenos acertada la restricción que mencionan tales precedentes legales, porque si bien el testador ha de tener interés en que su última voluntad se ejecute pronto y bien, ocurrida ya su muerte, han de hallarse en esa ejecución más directamente interesados los herederos y legatarios, á quienes la moderación en el señalamiento del plazo, aun impuesta al mismo testador, puede corregir de antemano las excesivas indiferencia ó apatía de testamentarios poco escrupulosos. Desaparecido el testador del mundo, ni en manos del Juez está el evitar que un albacea poco celoso pueda dar fin á albaceazgo de reducidos empeños, ni los herederos y legatarios cuentan con medios para apremiar á un mandatario que se escudaría, en todo caso, con la excusa legal de no haber aún transcurrido el tiempo prefijado por el testador.

La *Sentencia* del Tribunal Supremo *de 12 de Diciembre*

de 1873 ya tiene declarado que los albaceas deben cumplir la voluntad del testador y pagar los legados en el plazo del año que, como máximo, concede á los testamentarios la *ley 6.ª, título X, Partida 6.ª*, para terminar las funciones del albaceazgo, siendo responsables si por su culpa se dilatasen.

La aceptación de los albaceas ya sabemos, según el art. 898, que se sobreentiende cuando aquéllos no se excusan del cargo en los seis días siguientes al en que tengan noticia de su nombramiento, ó si éste les era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supieron la muerte del testador. De suerte que, en el caso de aceptación tácita, que así puede llamarse, el plazo anual de que tratamos comenzará á contarse al sexto día en los supuestos expresados. Ese año terminará al propio día del próximo igual mes en que la aceptación se verificó.

La interposición de demandas que afecten á la validez ó nulidad del testamento, tiene que suspender, como es natural, la ejecución de éste, por la imposibilidad de llevar á cabo órdenes del testador que se hallan en entredicho, por lo que afecta á los requisitos jurídicos imprescindibles que en ellas han de darse. Y no bastará que se haya dictado sentencia que ponga fin á tales querellas, sino que es preciso que tenga el carácter de firme, ó sea que contra la misma no quepa recurso alguno procesal, ya por el transcurso del tiempo sin apelar de la dictada en una de las instancias, ó ya por tratarse del Tribunal que en la última figuró, superior en el orden jerárgico.

Mas la oposición sobre validez ó nulidad puede afectar sólo á determinadas cláusulas testamentarias, y aun cuando, por primera impresión, otra cosa parece desprenderse del contexto del art. 904, opinamos que el albacea procederá bien reservando sus gestiones mientras el litigio sobre ese extremo no termine; pero en lo que afecta á las restantes disposiciones del testamento, los herederos ó legatarios pueden reclamar judicial ó extrajudicialmente la efectividad de su derecho, con la consiguiente responsabilidad, en su caso, dentro del plazo señalado por el testador ó el anual supletorio, si no media prórroga, ó también cuando aquél haya ya transcurrido y empiece á regir el judicial.

Si esas disposiciones á que nos referimos son por completo

independientes de las que fueron combatidas ó impugnadas, es injusto y contra razón el someter las unas á las contingencias que afectan exclusivamente á otras que han de solucionarse ó definirse por los Tribunales en un término de larga duración probablemente.

Los artículos 905 y 906 se ocupan de la prórroga del plazo para desempeñar el albaceazgo. Esa prórroga pueden establecerla el testador en primer término, el Juez en su caso y tiempo y los legatarios y herederos cuando así lo estimen conveniente.

Por lo mismo que el primero tiene plena libertad para proceder en lo relativo á la fijación del plazo del albaceazgo, la ha de tener, dentro de una perfecta lógica jurídica, para señalar la prórroga de aquél. El art. 905 citado sólo prevé, y hace perfectamente en ello, el caso de que el testador nada dijera sobre ese extremo. Pudiera aquél anticipar en su testamento la idea ó el deseo de ampliar á sus albaceas el término que previamente les fijara para el mejor y más fácil ejercicio de su cargo, pero sin concretar ninguna otra cosa más.

Generalmente suele decirse en la mayor parte de los testamentos: «*el testador prorroga el albaceazgo por el plazo legal*». Pues á éste se refiere el expresado precepto, al declarar que si no se hubiese señalado el término de la prórroga, se entenderá prorrogado el plazo por un año.

Todavía, y á pesar de hallarse vencida aquélla, puede resultar insuficiente el tiempo que comprendía para finalizar la ejecución del testamento. Entonces será oportuna la intervención de la Autoridad judicial, á la que, atendidas las circunstancias del caso, es decir, el número é importancia de las cláusulas testamentarias que aún se hallan incumplidas, podrá otorgar una segunda prórroga por el tiempo que, según prudente arbitrio, juzgue necesario.

No se indica ni era pertinente la determinación del procedimiento judicial que deberá seguirse cuando se acuda ante un Juez pidiendo prórroga del plazo del albaceazgo. La ley de *Enjuiciamiento civil* al ser reformada hará seguramente las indicaciones precisas para evitar que cada Juzgado adopte prácticas diversas, cuando no opuestas, sobre extremo del Derecho procesal que se presentará con alguna frecuencia en la realidad.

Por de pronto, esa petición comprende indudablemente un

acto de la jurisdicción voluntaria, ó sea de aquellos que, como declara el art. 1.811 de la ley de *Enjuiciamiento civil*, suponen necesaria ó en que se solicita la intervención del Juez, sin estar empeñada, ni aparecer promovida cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.

Aplicables, pues, serán á tal petición de prórroga las disposiciones generales del *tít. I, lib. III* de la expresada ley rituaria. En tal sentido, el Juez puede perfectamente, aun de oficio, citar para el expediente, que al efecto se instruya, á persona que juzgue necesario oir, ó que fuere designada por el promotor de las diligencias, siempre que tenga algún interés directo ó indirecto en las mismas (art. 1.813 de dicha ley).

El propio fundamento tendrá la necesidad de oir asimismo al Representante del Ministerio fiscal en cada Juzgado de primera instancia, cuando la solicitud promovida afecte á los intereses públicos, y cuando se refiera á persona ó cosa cuya protección ó defensa competan á la Autoridad (art. 1.815 de la propia ley citada). Tal ocurrirá cuando en el testamento en que fué instituido el albaceazgo, de cuya prórroga se trate, exista, por ejemplo, algún legado ó derecho concedidos á un Establecimiento de Beneficencia pública, á menores, no representados legalmente, á ausentes ó á incapacitados.

Tampoco alude lo más mínimo nuestro art. 905 al Juez competente para entender en las diligencias expresadas. En su virtud, y no habiendo tampoco en el Código procesal regla concreta de competencia para el caso, bien examinados los distintos números del art. 63 de tal Código, opinamos que será para ello competente el Juez del lugar en que hubiera tenido el finado su último domicilio, fundándonos en que todas las cuestiones que, según el citado precepto, versan sobre herencias, cumplimiento de legados, fideicomisos universales y singulares, reclamaciones de acreedores testamentarios y hereditarios, juicios de testamentaría ó *ab-intestato*, es decir, todo lo relativo á la materia de sucesiones ante los Tribunales de justicia (á excepción de lo que se refiere á diligencias para elevar á escritura pública los testamentos, codicilos ó memorias otorgadas verbalmente, ó los escritos sin intervención de Notario público, y en las que hayan de practicarse para la apertura de los testamentos ó codicilos cerrados, en todas las que se sigue una regla de competencia

especial, la del núm. 22 del art. 63 expresado), es siempre Juez competente el del domicilio último del testador ó difunto. Y claro es que no vamos á equiparar el caso de que venimos tratando en este comentario al de la regla 22 mencionada, y con preferencia al anterior criterio legal.

Nuestro art. 905 no prevé la necesidad de acudir al Juez más que en el caso de preceder la prórroga, ya finalizada, que concedió el testador. Pero podría ocurrir que no existiera tal prórroga, ni aun la que, según el artículo siguiente, están facultados para otorgar los herederos y legatarios. En ese caso, ¿procede acudir con el expresado objeto á la Autoridad judicial? Parece que no, puesto que el art. 904 terminantemente establece la orden de que el albacea *deberá cumplir* su encargo dentro de un año después de la aceptación ó de la conclusión de los litigios sobre la nulidad del testamento.

Si los herederos y legatarios se oponen á conceder la prórroga, la intervención del Juzgado tiene que resultar oficiosa é inadecuada, y podría decirse que aquél invadía atribuciones que corresponden al testador.

Si éste ni señaló prórroga ni la significó tampoco, dió á entender que bastaba á su albacea el plazo que se le fijó en el testamento, ó, en otro caso, el legal ya referido.

Manifestada expresa ó tácitamente su voluntad en el propio sentido por los herederos y legatarios, la Autoridad judicial no debe intervenir ni aun en forma subsidiaria.

El párrafo 2.° del art. 905 indica, pues, el propósito en el legislador de confiar al Juez la facultad de señalar al testamentario prórroga, cuando ésta fué previamente otorgada ó establecida por el testador, pues entonces ya éste tiene dada á entender la conveniencia de autorizar tal aplazamiento en el desempeño del albaceazgo, que dicho Juez no hace más que dilatar ó alargar un poco más.

Estas consideraciones nos llevan á sentar asimismo la doctrina de que, transcurrido el plazo de la prórroga concedida por los herederos y legatarios, es también intempestiva y debe ser rechazada la intervención del Juzgado, porque para ampliar la prórroga están entonces esos mismos interesados en la herencia. Si el Juzgado actúa en el caso del art. 905, es porque falta del mundo la persona que en su testamento estableció la

prórroga, y entonces los albaceas pueden, á nuestro juicio, optar entre pedir ese mayor plazo á los herederos y legatarios, ó, á falta de éstos ó por su negativa, solicitar en forma tal gracia del Juzgado competente.

***

El art. 906, con diversas palabras, ó mejor, con distinto orden en éstas, dispone lo propio que el 909 del *proyecto de 1882*. Declara éste que la mayoría de los herederos y legatarios podrán también prorrogar por un año el plazo en que el albacea debe desempeñar su cargo. No obstante la claridad del precedente, los encargados de redactar nuestro art. 906 consideraron oportuno encerrarlo en límites más terminantes y precisos, á fin de que resultara evidente la prohibición de ampliar la prórroga á más de un año, si entre herederos y legatarios no reinara acuerdo y unanimidad sobre tal extremo.

En interés de ellos, y nada más que de ellos, está el cumplimiento de las cláusulas testamentarias; nadie puede haber en el testamento más que los sucesores á título universal ó á título singular, á quienes importe entrar en el disfrute de las mercedes del testador ó ejecutar los encargos del mismo, por su buen nombre y memoria. Justo es, por tanto, que esos interesados, procediendo con voluntades conformes, otorguen á los testamentarios toda la prórroga en el plazo del albaceazgo que tengan á bien acordar.

Precisamente, esa limitación que comprende el segundo concepto del art. 906 tiende á éso: á evitar la supeditación de los mayores interesados ó los menores, como en algunas ocasiones, caso contrario, podría ocurrir.

La ley de las mayorías, en ésta como en otras materias del Derecho, es forzosamente admisible, porque urge de algún modo resolver los conflictos que se presentarían si llegara á producirse excisión entre herederos y legatarios, en cuanto al particular de que tratamos.

Por ser poco preciso y previsor el presente tratado del Código civil, según al explicar diversos de sus artículos evidenciamos, en el referido precepto no se hace la más insignificante alusión al modo ó reglas cómo debe computarse dicha mayoría;

¿ha de ser por el número de interesados ó por la entidad de sus participaciones en la herencia?

Juzgamos lo último más racional y conforme al espíritu y tendencia de la disposición legal expresada. Si prevaleciera la solución opuesta, podría darse el caso de que cinco legatarios, cuyos legados no importasen valor mayor de mil duros, determinaran mayoría, á los efectos de nuestro art. 906, en frente de tres herederos que adquirieran por virtud del mismo testamento millones de pesetas del caudal hereditario; lo cual debe parecer á todos evidentemente absurdo.

Confiamos, pues, en que la jurisprudencia, si llega á señalar doctrina que autorizadamente marque los derroteros del precepto 906, en su segunda parte, declarará que, cuando haya ésta de aplicarse, se formen para el definitivo cómputo tantos votos cuantos supongan las cuotas hereditarias determinadas por la de menor entidad. Es decir, si la menor representa un valor de mil pesetas, los herederos y legatarios contarán con tantos votos cuantas veces mil pesetas comprenda su participación en el caudal relicto.

El artículo citado no otorga ninguna preferencia para la fijación de esa mayoría, entre herederos y legatarios, como así parece lo natural. Luego el criterio expuesto debe ser el único aceptable, á riesgo, si no, de incurrir en el contrasentido ya apuntado.

***

Del estudio sintético de los tres artículos que agrupamos en el presente comentario, nacen diversas cuestiones y dudas que conviene referir y resolver según el más acertado criterio.

¿Qué pena ó indemnización debe corresponder al albacea si no cumple su encargo en el plazo señalado por el testador, por la ley y el de las prórrogas que hubieren fijado, ya el Juez, ya los herederos y legatarios? Nada dice el Código. El art. 899 estatuye que el albacea que acepta el cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo; y el 900 señala al que no lo acepta ó renuncia sin justa causa la pérdida de lo que le hubiera dejado el testador.

¿Será extensiva esta última al albacea á que antes nos referíamos?

Ya sabemos que las leyes penales son de aplicación restrictiva. Ninguno de los artículos 904, 905 y 906, intencionada ó descuidadamente, fija sanción alguna para el ejecutor testamentario que rebasa los plazos y prórrogas á que aluden, sin dar fin al cometido que le impuso el testador y que voluntariamente aceptó. Por tanto, y aun cuando pudiera alguien hallar cierta paridad entre unos y otros casos, nosotros no nos atrevemos á ampliar aquella sanción al supuesto que antes establecíamos.

Ahora bien: el art. 1.718 del Código preceptúa que el mandatario queda obligado por la aceptación á cumplir el mandato y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante. Aunque en otra parte de estos Comentarios hemos sostenido la doctrina de que los albaceas no son mandatarios de los herederos, sino del testador, y, no obstante haber considerado siempre que el albaceazgo representa un mandato de condición excepcional, entendemos que la expresada disposición procede aplicarla al ejecutor testamentario que no hubiere cumplido su encargo en el tiempo fijado y prorrogado, á no ser que acredite la imposibilidad, por razón de fuerza mayor ó de otra causa igualmente atendible, de ejecutar el testamento. Y, á falta de ese precepto del art. 1.718, tendríamos, en todo caso, el del 1.902, según el cual, todo el que, por acción ú omisión, causa daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado.

El párrafo 3.°, art. 1.903 del Código portugués, dispone que, cuando pudiendo el testamentario, no cumpliese su encargo en el tiempo determinado, perderá la retribución que le hubiere sido asignada y se cumplirá el testamento por aquellos á quienes correspondiera, si no hubiese testamentario.

Puede ocurrir asimismo el caso, bastante corriente en la práctica, de que en el testamento aparezcan otorgados legados ó fideicomisos cuyos día ó condición estén pendientes, ó establecido el testador disposiciones con relación á sus bienes que surtan efectos por un tiempo indeterminado, como, por ejemplo, una pensión vitalicia, un legado de alimentos.

¿Será esto obstáculo para que el albaceazgo termine en el plazo establecido, con su prórroga? Opinamos que si de la voluntad del testador no se deduce el propósito de que sea siempre

el albacea el que realice las entregas parciales ó cumplimiento periódico de las mandas ó de las disposiciones que se hallen en el referido caso, la misión de los testamentarios terminará dentro de dichos plazos y prórroga, aunque, bajo ese supuesto, ya tendría cuidado el testador de no prevenir en el testamento plazo alguno al albacea, supeditándolo, por el contrario, á la ejecución de lo ordenado para tiempo indefinido.

Si nada, por tanto, se desprende de las palabras del testador, ahí tenemos el contexto nada ambiguo de nuestro art. 911, por virtud del que, terminado el albaceazgo que, entre otros casos, ocurre por el lapso del término señalado por el testador, por la ley y, en su caso, por los interesados, corresponderá á los herederos la ejecución de la voluntad del testador.

Lo dicho no obsta á que mostremos nuestra perfecta conformidad con lo resuelto por una decisión de la jurisprudencia belga *(de 5 de Marzo de 1846)* que cita Laurent (tomo XIV de sus *Principes de Droit civil français*). Aquél refiere el caso diciendo que durante el año del albaceazgo, el ejecutor testamentario que había recibido mandato al efecto, procedió á la venta de bienes hereditarios ante un Notario; expirado dicho año, ese funcionario entregó el precio al ejecutor. Los herederos pretendieron la nulidad del pago por haber sido hecho á una persona que no tenía personalidad para recibirlo, y pidieron que el Notario fuese condenado á abonarles lo que indebidamente pagó al albacea. Tales pretensiones fueron rechazadas por dicha decisión, y expresa Laurent que debieron serlo porque se hallaban en oposición con los principios que rigen el mandato. El testamento, dice dicho autor, da al Notario el mandato de vender; las cantidades que el segundo recibe de los compradores, las entrega al mandante; es, pues, éste el llamado á recibir el precio de la venta desde el momento en que el pago se hizo al mandatario. ¿Qué importa que el Notario no remita inmediatamente el precio que le ha sido entregado? No por ello es menos deudor del albacea. Nada debe á los herederos, porque nada ha tratado con ellos; hallándose obligado á pagar al albacea que le ha encargado de realizar la venta, se libra naturalmente de la obligación pagando á su mandante. Se dirá que éste no tiene facultad de obrar como tal después de haber expirado el plazo del albaceazgo. Es cierto que no podría, bajo este supues-

to, acordar la venta, pero sí puede recoger el precio de lo que válidamente ha vendido. Si podía recibir el dinero en el momento de la venta, puede todavía recibirlo aunque el albaceazgo haya terminado.

En nuestro Derecho positivo no hay prescripción concreta que solucione la duda propuesta ante los Tribunales de Bélgica. Pero, aparte de que el mismo espíritu en que éstos se inspiran prevalece en muchos preceptos del capítulo del Código que trata de las obligaciones del mandatario, si entre Notario y albacea, al encargar éste á aquél que realice por su testimonio la venta extrajudicial de bienes hereditarios, media entonces una obligación, con todos los caracteres de tal, no será desacertado aplicar la prescripción general del art. 1.162, según el cual, el pago (ó como si dijéramos, el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, que á eso equivale, según ya debemos saber, el mencionado concepto), deberá hacerse á la persona en cuyo favor estuviese constituída la obligación, ó á otra autorizada para recibirla á su nombre.

Y lo que entre el albacea y el Notario debe proceder en el caso dudoso que exponemos, es lo que realmente ocurre y se aplica en todas las obligaciones en que medien las mismas ó muy análogas circunstancias. El propietario que encarga el arreglo de un inmueble suyo á un maestro de obras, es el llamado en justicia y en ley á satisfacer al segundo sus honorarios ó jornales, aunque excepcione que, con posterioridad á tal contrato, vendió la finca de que se trata á una tercera persona, que la disfruta en el momento oportuno de la efectividad de dichas retribuciones; á no ser, como parece natural, que en los respectivos documentos de los contratos ó términos expresos en que éstos resulten constituídos, se haya previsto otra cosa entre los otorgantes de los mismos.

Según resolución del Tribunal Supremo *de 18 de Marzo de 1865*, el albacea que no desempeña su cargo dentro del plazo señalado por el testador ó por la ley, debe ser separado por sentencia del Juez competente con la nota de negligente y perder lo que del testador debiera percibir. Respecto á esta última sanción, recuérdese lo que ya tenemos dicho en este mismo comentario.

Y en cuanto á lo demás, es indudable, ya dentro de nuestro

Derecho vigente, que el albacea que deja de desempeñar el cargo en el plazo y prórrogas que se le otorgaron, no necesita ser separado de su comisión, á no ser que á ello se resista, pues por el transcurso de esos términos, de derecho se entiende desposeído de sus funciones.

Ahora, si el hecho de no haber dado comienzo al ejercicio de aquéllas estando próximos á transcurrir esos plazos y prórrogas, es bastante motivo para remover al albacea, lo trataremos en el oportuno comentario, ó sea al explicar las causas de extinción del albaceazgo, entre las cuales se halla la de remoción.

ART. 907. Los albaceas deberán dar cuenta de su encargo á los herederos.

Si hubieren sido nombrados, no para entregar los bienes á herederos determinados, sino para darles la inversión ó distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al Juez.

Toda disposición del testador contraria á este artículo será nula.

Concordancias.—Análogo al art. 737 del proyecto de 1851 é igual al 910 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Part. 6.ª, tit. X, ley 5.ª*— .....Otrosi dezimos, que los herederos del fazedor del testamento, non pueden embargar al Obispo, que non reciba los marauedis, o aquella cossa que fuesse establescida del testador para sacar catiuos, pero despues que sea passado un año, que recibio los marauedis, para esto fazer, tenudo es el Obispo de dar cuenta por si, y por otro al Juez ordinario, quantos catiuos saco, e quanto dio por cada vno de aquellos dineros...

COMENTARIO.—Uno de los casos en que con mayor claridad se ve que la voluntad individual no puede modificar á su capricho

la esencia y sustancia de las instituciones jurídicas, lo tenemos en el que comprende el transcrito art. 907.

El testador puede dar á sus albaceas todo el plazo que estime mejor para la ejecución del encargo que les confía, está facultado para hacerles entrar, aunque provisionalmente (según opinión que emitimos y razonamos), en la posesión de los bienes hereditarios ocurrida su muerte; para autorizarles á que deleguen el cargo; para establecer la solidaridad ó la mancomunidad entre ellos, cuando sean varios; para aumentarles y ampliar sus atribuciones, sin más obstáculo que el de no ser contrarias á las leyes.

Pero en ningún caso podrá, aunque la formule como la declaración más solemne de su testamento, relevar á los albaceas del deber de dar cuenta de su encargo. Tanto afecta esto á la esencia y fundamento de la institución del albaceazgo, que si otra cosa distinta se permitiera, el albacea no sería albacea. Su calidad jurídica más se aproximaría á la de heredero ó legatario; porque tal dispensa, relativa á la prestación de cuentas, envolvería la idea de hacer gracia y donación á ese albacea de los sobrantes y utilidades que le resultaran en el cumplimiento de su comisión, lo que, por otra parte, recaería en perjuicio de los herederos legítimos, cuyo derecho es invulnerable, ó de los voluntarios ó legatarios, en su caso, que por lo mismo que fueron agraciados por el testador con diversas participaciones de su herencia, no es posible racionalmente concebir en aquél ese propósito, y al mismo tiempo el contrario de que se les redujeran ó hicieran desaparecer sus mercedes por esa especie de *carta blanca* á los testamentarios, que á tanto equivaldría tal relevación de dar cuentas.

Como dice Goyena al explicar el art. 737 del *proyecto de 1851*, todo administrador tiene obligación de dar cuentas, y nunca puede dispensarse la de las futuras, porque sería invitar ó dar ocasión á pecar.

El legislador previsoramente se hizo cargo de la transcendencia que la citada facultad de relevación en casi todos los casos pudiera implicar, al sentar la terminante afirmación de que todo lo que el testador disponga en contra de lo prohibido es nulo; como dicen los artículos 3.718 del Código de Méjico y 1.065 del holandés, nulo de pleno derecho, ó como expresa el

artículo 3.868 del Código de la República Argentina, el albacea está obligado á dar cuenta de su administración, aunque el testador le hubiese eximido de hacerlo.

Es indudable, como leemos en uno de los anotadores del Código de dicha República Argentina, que el albacea es un mandatario, y la rendición de cuentas una de las obligaciones esenciales que se derivan del mandato; si fuese exonerado de dar cuentas, vendría á ser un verdadero propietario; y no puede presumirse que el que nombra un albacea, haya tenido la intención de instituir un legatario, si él quisiera hacerse tal. El testador ha podido sin duda legar al albacea, cuando no hubiera herederos legítimos ó herederos instituídos, todo lo que no se emplease en pago de deudas ó de cargas hereditarias; pero no se sigue de esto que el mandatario pueda apropiarse las cosas que le han confiado bajo una calidad que excluye todo derecho de propiedad sobre esas mismas cosas.

Por otra parte, añadimos nosotros, la dispensa en la dación de cuentas no es natural que pueda establecerla el testador. A quien en todo caso competería, sería á los herederos, puestos de común acuerdo, puesto que ellos son los realmente interesados en que se justifique la existencia de lo transmitido hereditariamente y de lo que en definitiva se les entrega por el albacea en pago de sus mercedes. Y esto es lo que no prohíbe ni puede prohibir, y más bien autoriza nuestro art. 907, pues es justo y lègal que aquella persona en cuyo favor se halla establecido un derecho, como es el que los herederos tienen para que ante ellos se rinda cuenta por los albaceas, puede renunciarlo ó dispensar de su cumplimiento al deudor del mismo. Declara el segundo párrafo del art. 4.° del Código, que los derechos concedidos por las leyes son renunciables, á no ser esta renuncia contra el interés ó el orden público, ó en perjuicio de tercero.

Tan imprescindible es la obligación de que venimos hablando, que ni aun la *ley de Partida* extractada en los *Precedentes legales* dispensaba de ella á los Obispos-albaceas para la redención de cautivos.

Por lo que antes indicábamos, y para que se vea otra señal de correspondencia de algunos preceptos de esta sección del Código con la del *tít. IX, lib. IV* del mismo, también el ar-

tículo 1.720 declara que todo mandatario está obligado á dar cuenta de sus operaciones y á abonar al mandante cuanto percibió en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo.

No creemos que haya inconveniente en aplicar ese último inciso oracional al albacea, ya que, representando éste al testador y á la herencia, también está llamado á procurar que el caudal, cuya conservación y distribución se le confió, resulte más bien acrecentado que disminuido.

Se advierte en el precepto que comentamos la omisión de los legatarios, y aun los de parte alícuota; lo que no aprobamos, pues tienen aquéllos el mismo interés que los herederos en que su participación sea la que realmente el testador les concediera, después de las debidas é imprescindibles deducciones para el ejecutor testamentario, de las que, por tanto, es justo que se descargue éste en sus cuentas.

Sin embargo, no ha de resultar tan dañosa esa omisión si, dada la facultad de inspección y aun de ejecución que los herederos tienen en el pago de mandas, por regla general, aquéllos proceden, en el examen y aprobación de dichas cuentas, con el propio celo y escrúpulo que emplearía en lo que afectase á sus peculiares intereses.

Por otra parte, con facultad ó sin facultad de intervenir en las cuentas de los albaceas, los legatarios siempre tendrán reservado el derecho de impugnar el pago de su merced hereditaria, si la encontrasen inferior á la legada ó no deducida exactamente del *debe* y *haber* formado por el albacea con ocasión de encargo.

Para la formalización de las cuentas se deja á aquéllos en la más completa libertad, pudiendo adoptar el sistema de contabilidad y de presentación de partidas de cargo y de descargo que mejor les parezca, siendo siempre preferible el que, de modo más claro y metódico, ofrezca el verdadero estado de la fortuna del testador, con sus altas y bajas debidamente justificadas.

El albacea, como dice el art. 1.310 del Código chileno, examinadas las cuentas por los respectivos interesados y deducidas las expensas legítimas, pagará y cobrará el saldo que en su contra ó en su favor resultare. Esta disposición, como de *cálamo*

currente, digámoslo así, no fué comprendida en el Código español, ni tampoco, por los propios motivos, la correlativa de que, en el caso de que el albacea resultare alcanzado por consecuencia de su comisión, queda á los herederos, en primero y principal término, el derecho de reclamar tales alcances, persiguiendo, si es necesario, los mismos bienes que al primero haya dejado el testador y, á falta ó por insuficiencia de aquéllos, los propios, hasta cubrir el déficit observado.

El párrafo segundo del artículo que comentamos supone que los albaceas son nombrados por el testador siempre, con el fin de que entreguen los bienes hereditarios á herederos determinados ó indeterminados, lo cual constituye un error, pues bastantes veces se nombran ejecutores testamentarios sin designárseles determinadamente tal comisión, y aun sin atribuirles alguna. Pero la intención del legislador al hacer la distinción establecida por el expresado párrafo ya hemos dicho cuál es.

Puede haber en el testamento herederos conocidos, designados en concreto, á los que individual ó colectivamente se dirigirán los albaceas para la prestación de cuentas; y puede, por el contrario, darse herederos que, si bien conocidos por razón de la clase ó profesión á que pertenecen, ya por no determinárseles con exactitud en algunos casos, ya por tratarse de un gran número, ya por residir en puntos distantes ú opuestos, y aun otros en paradero ignorado, ó ya por cualquiera otra circunstancia análoga, se haría muchas veces imposible al testamentario la observancia de la obligación que le impone nuestro art. 907.

La alusión que este artículo hace en su segundo párrafo, la hallaremos determinada en el mismo Código. En efecto: el art. 671 declara que podrá el testador someter á un tercero la distribución de las cantidades que deje en general á clases determinadas, como á los parientes, á los pobres ó á los Establecimientos de Beneficencia.

El art. 747 ordena que si el testador dispusiese del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades

de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los Establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y, en su defecto, para los de la provincia.

También nuestra ley de *Enjuiciamiento civil* tiene un título, el XI de su libro 2.°, denominado: «*De la adjudicación de bienes á que estén llamadas varias personas sin designación de nombres.*»

Ha de haber, pues, cuando se aplique el segundo supuesto establecido por el citado párrafo del art. 907, autorización otorgada por el testador á su albacea ó albaceas para la inversión ó distribución de bienes entre herederos indeterminados, pues si existe dicha autorización para repartir el caudal á gusto del testamentario, entre sucesores conocidos y designados concretamente por sus nombres, regirá el primer apartado del tan repetido artículo

Y ha de tratarse además, como es natural, de casos permitidos por derecho, pues ya sabemos, por ejemplo, que la regla 4.ª del art. 785 declara sin efecto las disposiciones del testador que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador; y el art. 750 considera nula toda disposición en favor de persona incierta, á menos que por algún evento pueda resultar cierta.

¿Qué Juez será el competente para entender en el examen y aprobación de las cuentas? La regla 2.ª del art. 63 de la ley de *Enjuiciamiento civil* declara que en las demandas sobre rendición y aprobación de las cuentas que deben dar los administradores de bienes ajenos, será Juez competente el del lugar donde deban presentarse las cuentas, y no estando determinado, el del domicilio del poderdante ó dueño de los bienes ó el del lugar donde se desempeñe la administración, á elección de dicho dueño. Esa es la regla que, entre las varias de dicho artículo 63, juzgamos más aproximadamente aplicable á la duda antes propuesta.

Si el lugar donde deban presentarse las cuentas aparece determinado en el mismo testamento, es forzoso respetar el mandato del testador sobre ese particular, á no ser que con él se quebrantaran principios fundamentales jerárquicos de la jurisdicción de los Tribunales; por ejemplo, ordenando dicho tes-

tador que tales cuentas se rindan ante la Audiencia del territorio ó ante un Juez municipal. Los actos de jurisdicción voluntaria (y ya diremos que entre ellos debe de estar el á que nos venimos refiriendo), á no ser en los casos de excepción que taxativamente determinan la ley procesal y otras de carácter adjetivo, son del conocimiento de los Juzgados de primera instancia, y ante ellos ha de hacerse esa presentación de cuentas, para que así puedan resultar ejercitables los recursos que quepan contra las resoluciones de dichos Juzgados y factible la aplicación de las disposiciones generales que, según notaremos, corresponde tener en cuenta de entre las que constituyen el *título 1.º*, *libro 3.º* de la citada ley rituaria.

No existiendo la designación expresa del lugar en el testamento, deja de ser posible la elección á que se refiere la antes mencionada regla procesal (2.ª del art. 63), pues el dueño de los bienes, ó sea el testador, entonces ya no existe.

Y si se tomase por tal dueño á los herederos, nada se conseguiría tampoco, porque el precepto del Código que comentamos acude en segundo término, subsidiariamente, á la autoridad del Juez cuando no son determinados tales herederos; cuya circunstancia resulta igualmente atendible si se tratara de que aquéllos eligiesen la competencia del Juez ante el que debe hacerse la rendición de cuentas de que estamos hablando.

De suerte que, por este sistema de exclusión de conceptos comprendidos en la regla segunda del art. 63, venimos á quedarnos, cuando no se halle previsto el caso concretamente en el testamento, con el relativo al domicilio del poderdante ó dueño de los bienes, ó sea al último que tuvo el testador. Ese será el que, á nuestro juicio, determinará la competencia del Juez á que alude el precepto del Código que comentamos. ¡Por qué rara deducción llegamos á averiguar que en el presente problema, como en otros varios que han sido objeto de comentarios anteriores, al acudirse á la autoridad judicial para que intervenga en cuestiones que afecten á los albaceas, siempre habrá que atribuir á tal objeto la competencia, al Juez del último domicilio del difunto, que es también, como ya sabemos, el llamado á conocer de los juicios de testamentaría y de *ab-intestato* y de sus múltiples incidencias y litigios con los mismos relacionados! ¿Qué procedimiento debería seguirse para la rendición

de cuentas por el albacea ante la Autoridad judicial? Ya anticipamos que se trata de un acto de jurisdicción voluntaria, porque en él, según exige el art. 1.811 de la ley procesal civil, no es necesaria ni se solicita la intervención del Juez para dilucidar y resolver alguna cuestión empeñada entre partes conocidas y determinadas, al menos con la simple presentación de tales cuentas; después pudiera promoverse alguna contienda sobre las mismas, pero entonces se convertiría en contencioso el expediente. Bajo tal supuesto, se seguirán los trámites que correspondan del ya citado *tít. 1.°*, *libro 3.°* de la referida ley adjetiva, comprensivo de disposiciones generales sobre la jurisdicción voluntaria.

¿Deberá oirse al Representante del Ministerio fiscal en el Juzgado de primera instancia respectivo, á los efectos del artículo 1.815 de la citada ley? Opinamos que sí; y nos fundamos para ello en que el art. 1.108 de aquélla, concede facultad al Ministerio fiscal, en representación del Estado, para promover el juicio universal en que se trate de la adjudicación de bienes á que estén llamadas varias personas sin designación de nombres. Y el art. 1.109 añade terminantemente que dicho Ministerio, en esa representación, será parte en tales juicios hasta que se terminen por sentencia firme. Luego, algún interés se supone que debe ostentar el Representante público en la dación de cuentas por albaceas llamados á invertir ó distribuir los expresados bienes.

Aparte de que, si de alguna garantía ha de rodearse el Juez al examinar y aprobar con conocimiento de causa tales cuentas, le convendrá oir el dictamen de funcionario que debe suponerse revestido de mayor imparcialidad en la defensa de derechos correspondientes á personas indeterminadas, cuya causa se encomienda por eso mismo al Poder público en una de sus más importantes ramas.

¿Es transmisible á los herederos del albacea el deber de rendir cuentas? Así lo creemos, no sólo porque dicha obligación no es de tal suerte personalísima que no pueda ser desempeñada sino por el principal interesado, como sucedería, v. gr., con la ejecución de una obra de arte, sino también porque toda persona capaz jurídicamente se obliga por sí y por sus herederos. El heredero ó herederos del albacea, si aceptan la herencia, de-

berán rendir las cuentas que su causante no haya dado, porque tal deber, puramente aritmético, acompaña como obligación de hacer transferible al sucesor y se compenetra con su condición de heredero. Ahora: si como tal heredero hace uso del beneficio de inventario, no por eso decaerá del deber dicho, pero no responderá de las resultancias económicas de la administración del albacea, patentes por la rendición de cuentas, sino hasta donde lleguen para cubrirlas los bienes hereditarios. El Código mejicano (art. 3.726) sigue esta doctrina.

Un comentarista español formula la pregunta de si la cuenta que deben rendir los albaceas á los herederos, y en su caso al Juez, ha de ser periódica ó general. Á pesar de la anodina *Sentencia* del Tribunal Supremo de *5 de Noviembre de 1862*, no nos cabe la más ligera duda de que las cuentas á que se refiere nuestro art. 907 han de presentarse al terminar el albacea su comisión, la cual entendemos que se dará por cancelada y supondrá la cesación de las responsabilidades de aquél, como tal, cuando recaigan un acto ó auto de aprobación de tales cuentas. Dicho art. 907 está colocado en el Código á continuación de los en que se trata de la duración del cargo de ejecutor testamentario; y todos los de los Códigos extranjeros que con él concuerdan, hacen la aclaración de que la rendición de cuentas tendrá lugar al cesar el albacea en el cargo; sin que de ese nuestro precepto ni de los que le anteceden y subsiguen en el Código se deduzcan idea ó motivo alguno que indiquen la procedencia de tal obligación antes de ese tiempo y periódicamente.

ART. 908. El albaceazgo es cargo gratuito. Podrá, sin embargo, el testador señalar á los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición ú otros facultativos.

Si el testador lega ó señala conjuntamente á los albaceas alguna retribución, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá á los que lo desempeñen.

Concordancias.—El primer párrafo igual al art. 911 del proyecto de 1882, y el segundo igual al 740 del de 1851 y al 912 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Hay discordancia entre los autores, como leemos en el *Febrero reformado,* sobre si deberá ó no darse algún salario á los albaceas por su trabajo: Mientras unos lo afirman en general, otros dicen que no debe darse al mero ejecutor que ha de evacuar brevemente su comisión, pero sí al que haya de desempeñar alguna de mucho tiempo con carga de administración; y, finalmente, otros lo niegan para todos y en todos los casos, porque entre el testador y el ejecutor de su última voluntad se celebra un verdadero contrato de mandato que, como fundado ó motivado por la confianza, amistad ó piedad, es de suyo gratuito, y de lo contrario, degeneraría y se convertiría en arriendo.

Nosotros, aparte de las razones teóricas expuestas y de la naturaleza característica del albaceazgo, encontramos, de todos modos, más defendible y práctico nuestro art. 908, en el cual se da á entender que en algunos casos debe reputarse necesaria y hasta conveniente alguna remuneración al albacea. Es decir, se tienen en cuenta los dos supuestos y se prevén todas las contingencias posibles, á fin de que no se originen dudas.

La regla general es, sí, la de considerar el albaceazgo gratuito, para poner también en consonancia el referido precepto con el del art. 1.711, según el cual, á falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito.

Así, pues, como observa el antedicho *Febrero reformado,* por el mismo hecho de aceptar su cargo el testamentario ó albacea, es visto que se obliga á evacuarlo graciosamente; y, por lo tanto, no se le debe salario, aunque sea oficial que viva de su trabajo, y aunque el encargo y comisión haya de durar mucho tiempo con cargo de administración; si bien es cierto que, en todo caso, ha de satisfacerse al testamentario ó albacea lo que expenda de su caudal en el desempeño de tal encargo.

No hay, por consiguiente, que establecer conjetura alguna, como expresan los autores, contraria á las racionales que se desprenden de la letra y espíritu de nuestro art. 908.

Es decir, para que pueda cobrar honorarios el albacea, en lo que á lo propio de este cargo afecta, es requisito primordial que del testamento, expresa ó tácitamente, se deduzca la intención del testador en el sentido de querer retribuir su trabajo á dicho albacea. No basta, como algún comentarista insinúa, que aquél acostumbre á arrendar sus servicios, y se crea que de otra suerte no habría aceptado la comisión ni el testador encargádole la ejecución de su voluntad; por virtud de cuya consideración, el apartado segundo del citado art. 1.711 (según el cual, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie á que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo) no debe ser aplicable tratándose de ejecutores testamentarios.

Dice muy oportunamente el eximio tratadista francés Pothier, en su conocida obra *Des donationes testamentaires*, § 230, que la ejecución testamentaria es un oficio de amigo, y los amigos no reclaman salario, salvo cuando el testador conceda al ejecutor una recompensa ó le deje un recuerdo en el testamento.

La declaración fundamental del art. 908 no tiene en nuestro Derecho precedente legal concreto. Pero ha sido siempre máxima admitida por los principales jurisconsultos, y, si se la refiere al contrato de mandato, la hallaremos en los §§ *11 y 13, título XXVII, lib. III de las Instituciones* del Emperador Justiniano y en su reflejo en el Derecho patrio, ó sea *ley 8.ª, tit. X, Partida 6.ª*

Los Códigos extranjeros no siguen un criterio uniforme; pues los mejicano (artículos 3.734 y 3.735), chileno (1 302), uruguayo (953), guatemalteco (919) y argentino (3.872), conceden al albacea una retribución, ya proporcional al valor de los bienes, ó ya la que fije el testador ó el Juez subsidiariamente; y los italiano (art. 911), portugués (1.908), francés (1.034) y holandés (1.068), dan á entender, alguno claramente, y otros por deducción fundada, que el cargo de albacea es gratuito.

La afirmación general contenida en nuestro art. 908 sufre, á nuestro juicio, sólo dos excepciones: una que en el mismo no

aparece prevista, y otra que es la relativa á los trabajos de partición ú otros facultativos. Ignoramos por qué no se determinó claramente la primera, no siendo pretexto bastante fundado el que el art. 1.728 disponga que el mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, y, caso de que el segundo las hubiere anticipado, deberá el primero reembolsarlas, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario, cuyo reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, á contar desde el día en que se hizo la anticipación. Porque, aparte de que no hay perfecta correspondencia, según ya venimos demostrando, entre los caracteres jurídicos del albaceazgo y los del mandato, casi todas las legislaciones extranjeras dedican un solo precepto á declarar terminantemente que los gastos que al albacea se le ocasionen en el cumplimiento de su encargo le serán abonables.

Lo cual es perfectamente comprensible (y por eso sólo merecerá alguna atenuadora excusa la citada omisión del legislador), pues de toda justicia resulta que á aquel á quien se le confía la ejecución de un testamento por *oficio de piedad* y gratuitamente, no vaya á exigírsele además que desembolse de su propio peculio las cantidades á que dicho oficio le obligue, sin derecho á reintegro alguno.

Bajo tal supuesto, no juzgaríamos improcedente en esta parte del Código incluso una disposición análoga á la del art. 1.730, según el cual, el mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización de daños y perjuicios que se le hayan causado al mandatario en el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia de aquél, y que además se obligue al reembolso de que antes hablábamos, pues estimamos que el espíritu de tal precepto es muy propio del albaceazgo y, por tanto, al mismo aplicable.

El art. 741 del *proyecto de 1851* determinaba que los gastos hechos por los albaceas para el desempeño de su cargo les serían abonados de la masa de la herencia.

De tales gastos hay que deducir, como ya nos parece haberlo indicado en otro comentario, aquellos que personalmente en justicia debe sufragar el albacea, tales como los en que hu-

biese sido condenado por los Tribunales, si sostuvo injusta ó temerariamente un proceso relativo á la herencia, aunque los Tribunales, como advierte el jurisconsulto Laurent en su obra repetidamente citada, usan de una gran indulgencia tratándose de ejecutores testamentarios que litigan en interés de los legatarios.

La segunda clase de gastos ya dijimos que aparecen previstos en el precepto que explicamos.

La frase «*todo sin perjuicio del derecho que les asista*», que en el primer párrafo de aquél se emplea, no deja de ser significativa: indica, á nuestro parecer, que haya ó no el testador señalado una recompensa al albacea, es decir, procediera éste ó no gratuitamente, siempre tendrá derecho á los honorarios por trabajos de la partición ú otros facultativos.

Pudo nombrarse albacea á un Abogado, á un Maestro de obras, á un Perito agrimensor; estar autorizado el primero para llevar á cabo la liquidación, división y adjudicación del caudal hereditario, haber de recomponerse una casa de las de la herencia, tenerse que medir y valorar las tierras que poseyera el difunto testador. En tales casos, quiere el legislador que el testamentario devengue y perciba los honorarios como contador letrado, tenga derecho á los jornales que como albañil ó á los estipendios que, á título de Maestro de obras, ganó reparando inmuebles de la herencia, y pueda cobrar el peritaje de medidor de tierras de aquélla, ya que no existirá, en la mayor parte de los casos, incompatibilidad alguna moral ni legal para ser albacea y á la vez intervenir, por razón de su profesión particular, en actos de la misma, aunque pertenezcan ó se relacionen con el caudal de la persona que le ha nombrado su testamentario.

Puede ocurrir, y no raras veces, que el nombramiento de albacea se haga para practicar solamente esos trabajos de partición ó los facultativos, siempre que estos últimos tengan el carácter de actos propios de la ejecución del testamento. ¿Se deberá, en tal supuesto, retribución al albacea? Parece que sí, pues, aparte de la declaración que sirve de base al art. 908, al encomendar el testador á una persona que le consta tiene una profesión ó una pericia acreditadas de contador testamentario, implícitamente le autoriza para deducir de su herencia lo que importen sus honorarios de albaceazgo especial.

El art. 3.736 del Código mejicano prevé que el heredero albacea que ha sido mejorado en la parte disponible, ó á quien se ha asignado algún legado por razón de su cargo, no tiene derecho á cobrar otra retribución.

Ni del tratado de mejoras, ni del que nos hallamos comentando, se deduce tal doctrina.

***

El apartado segundo de nuestro art. 907 formaba precepto especial en la primitiva edición del Código. Lo consideramos mejor colocado como hoy se halla, pues refiriéndose á retribución del albacea, y no habiendo otro artículo en dicho tratado que se ocupe de ese particular, á él es lógico que acompañe y subsiga tal apartado. También constaba, con numeración distinta, en los *proyectos de 1851 y de 1882*.

Ya nos tiene advertido el art. 900 que el albacea que no acepta el cargo perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima. Dicho apartado segundo señala el destino que ha de tener tal porción, en el caso de que los albaceas sean varios, pues si es uno solo y éste no acepta, ya se comprende que irá á englobarse en la herencia.

No hay para qué distinguir si los testamentarios se hallan nombrados mancomunada ó solidariamente. Unos y otros sustituyen al dimisionario en la ejecución del testamento, y, por consiguiente, justo es que á la mayor carga corresponda más retribución.

El espíritu de ese párrafo autoriza á hacerle extensivo asimismo al albacea que renuncia al cargo después de aceptado, si bien entonces, renunciándolo con justa causa, tendrá derecho á una retribución proporcional al tiempo que lo desempeñó y á los trabajos de albaceazgo practicados, y el resto corresponderá, por derecho de acrecer, á sus otros compañeros.

Ya sabemos por el art. 900 citado que la renuncia con justa causa no supone la pérdida de lo legado por el testador.

¿Por qué no ha previsto el legislador lo que debía hacerse con la mencionada retribución cuando alguno de los albaceas muera, se imposibilite para desempeñar el cargo, ó sea removido?

¿Se entenderán estos casos virtualmente incluídos en el apartado último de nuestro art. 908? No es tan fácil una respuesta acertada, pues argumentos atendibles figuran en favor de la contestación afirmativa y de la negativa.

Por de pronto, los principios generales del Derecho y el que parece ser propósito del legislador están por lo primero.

En efecto: es de justicia y está de acuerdo con la tendencia de ese último apartado, que los albaceas ó el albacea que sobreviva ó sustituya á sus compañeros en la ejecución del testamento adquiera proporcionalmente la mayor recompensa, porque también le corresponde más trabajo. Esto ocurre en la mayoría de los casos de terminación del albaceazgo por alguno ó algunos de los nombrados mancomunada ó solidariamente.

Pero, por otra parte, en ese tan repetido apartado encontramos la frase concreta de albaceas «*que no admitan el cargo*». Y aun cuando la ampliemos prudencial y racionalmente á los testamentarios que renunciaren dicho cargo, no podremos lo mismo extenderla á los que mueran, se imposibiliten ó sean removidos. Además, el art. 900 no impone la pérdida de lo legado por el testador más que á los albaceas que no acepten ó que renuncien sin justa causa.

Más genérico y comprensivo es el art. 1.907 del Código portugués, según el cual, si el testador hubiese legado á los testamentarios conjuntamente alguna retribución, la parte del que se *excusase ó no pudiese aceptar* el cargo acrecería á los demás.

Nos inclinamos, de todas suertes, á extender la prescripción que comentamos á todos los casos de conclusión del albaceazgo, menos al que se verifica por el lapso del tiempo al mismo señalado; porque nos es imposible, como hombres de ley y amantes de la justicia, prescindir de máximas jurídicas tan universalmente aprobadas y acatadas, como las de que «*nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro*», «*donde va la carga, va el beneficio*», y otras de significación análoga.

En comentario posterior ya trataremos del punto de si á un albacea removido del cargo le corresponderá lo mismo el legado ó merced que el testador le señalara en atención al albaceazgo.

De todos modos, recomendamos el conflicto legal referido á la Comisión revisora del presente Código, si lo juzga digno de sus trabajos.

ART. 909. El albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador.

Concordancias.—Igual al primer apartado de los artículos 738 del proyecto de 1851 y 913 del 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El *proyecto de 1882* y la primitiva edición del presente Código hacían figurar el transcripto precepto como primer párrafo del artículo en que se determinaban los modos de conclusión del albaceazgo. No comprendemos que, para señalar una característica muy importante del cargo de albacea, se relacionen, siquiera sea numéricamente, ambos preceptos, aunque el primero confirme que uno de dichos modos de conclusión es la muerte del albacea. Si fuéramos á establecer la colocación de los artículos de un cuerpo legal por esta regla de analogía de conceptos, muchos párrafos ó apartados habían de tener aquéllos, en la gran mayoría de los casos.

Aprobamos, pues, la modificación, á primera vista insignificante, pero de alguna importancia, que el legislador español realizó en la posterior y vigente edición del Código civil; y hubiéramos todavía deseado que el artículo que en él lleva el número 908 figurara entre las primeras disposiciones del tratado de albaceas, según hacen algunos Códigos extranjeros, como regulador, por lo que ya dijimos, de uno de los atributos diferenciales del albaceazgo.

En efecto: está ya por nosotros repetido, con bastante insistencia, que el testador hase fijado en las condiciones personales del ejecutor testamentario, al conferir á éste los poderes que quiso otorgarle ó los que, en su defecto, resultan impuestos por

las leyes. De tal suerte que, si no fueran esas condiciones personales, no se explicarían el más ó el menos de las facultades asignadas y aun la índole y alcance de las mismas.

Hasta la excepción que el artículo prevé, la de que el testador puede autorizar á su albacea para delegar el cargo, se funda, á nuestro juicio, en esa misma consideración fundamental: es decir, el conocimiento de las condiciones personales del testamentario alientan, hacen confiar fundadamente al testador que no resultarán frustrados sus deseos, ni mal ejecutada su última voluntad, aunque permita á su albacea ó albaceas que se substituyan en otra persona.

Ya, respecto del Derecho civil antiguo, declaraba la *Sentencia* del Tribunal Supremo *de 29 de Marzo de 1869*, que el cargo de albacea testamentario, como personalísimo y de confianza, no puede transferirse á otra persona si el testador no concedió expresamente esta facultad; correspondiendo al Juez de primera instancia el nombramiento de albacea dativo, que puede hacerse, al menos por analogía, cuando faltan todos los designados por el testador para el puntual cumplimiento de sus disposiciones, y el heredero carece de persona que especialmente le represente. La segunda parte de dicha sentencia ya se comprenderá que no tiene hoy aplicación, sino en último é irremediable extremo, por virtud de lo dispuesto en el art. 911, que luego examinaremos.

Afirma Laurent que en el espíritu de la ley está que el ejecutor testamentario lleve por sí mismo el oficio de amigo que le ha sido confiado; y ni la amistad ni la confianza se transmiten por vía de delegación.

Según lo ya prometido, ahora citaremos un caso en que divergen los caracteres del albaceazgo y del mandato. El artículo 1.721, en efecto, estatuye que el mandatario puede nombrar sustituto, si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto: 1.°, cuando no se le dió facultad para nombrarlo; 2.°, cuando se le dió esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz ó insolvente; siendo nulo lo hecho por el sustituto contra la prohibición del mandante. Y existe esa indudable divergencia, porque la regla general en materia de albaceas es precisamente la excepción tratándose del mandato. En éste, la delegación ó

sustitución se permite no habiéndose estipulado nada en contrario. En el albaceazgo, tal delegación está vedada por el mismo ministerio de la ley: es decir, tenida en cuenta la naturaleza y objeto principal del cargo; y ya dijimos que la misma idea justifica la salvedad con que termina nuestro art. 909.

Tal diferencia no nos la explicamos más que por lo que dice Goyena, al comentar el art. 738 del *proyecto de 1851*, expresando que en el mandato se trata de un mandante vivo, que puede impedir la delegación y revocar los poderes; en el albaceazgo se trata de un mandato cuya gestión no comienza sino después de la muerte del mandante.

La misma concisión y ausencia de excepciones ó salvedades que acusa el precepto que comentamos, dan lugar á dudas de interpretación, de que debemos hacernos cargo, si hemos de ser algo más que fieles repetidores de las palabras de la ley.

Aunque no precisa el Código español que la delegación del cargo de albacea se haga en términos formales y solemnes (cual exige algún Código extranjero), no por ello se contenta con deducciones ó modos tácitos de delegación, es decir, los que se obtengan del sentido más ó menos forzado de las palabras del testador.

Ocurren, no obstante, muchos casos en que aquél nombra albaceas á personas que, aun citándolas por sus nombres y por el cargo público ó privado que ejercen en la sociedad, hay motivos fundadísimos para juzgar que á dicho cargo y no á la persona que lo viene entonces desempeñando, quiere ese testador que vayan anejos los oficios de ejecutor testamentario.

Nada decimos de aquellos testamentos en que se nombra por albaceas, por ejemplo, al Alcalde ó Cura párroco que se hallen al frente, mientras el albaceazgo dure, de Ayuntamiento ó parroquia determinados. Dicho albaceazgo resultará entonces indelegable ó insustituible dentro de las entidades referidas, aunque cambien las personas que á las mismas representen.

Referímonos al caso en que de las cláusulas testamentarias se deduzca razonablemente que el testador se fijó más en la índole de las funciones que ejercía á la sazón la persona nombrada albacea, que en la afección particular y meramente amistosa que aquélla pudiera inspirarle. Aquí ya no se trataría en-

tonces de obtener tácitamente la autorización á que se refiere nuestro art. 909, sino de ver, ante todo, á qué quiso aludir el testador, si al funcionario ó á la persona, independientemente de la función. Bajo ese supuesto, no se realizaría una delegación del oficio de albacea, sino una sustitución en la persona del funcionario, en consideración á cuya función se quiso establecer el albaceazgo.

Tenemos ya advertido en otro comentario que, aun cuando aquél sea por su naturaleza gratuito, los gastos que supone son en justicia reembolsables, y lo serán, con igual procedencia, á los herederos de los albaceas.

De idéntico modo, y estando sujeto á responsabilidades el cargo de testamentario, aunque no lo declare ninguna disposición del presente tratado del Código, según tenemos también advertido, ¿pasarán á esos mismos herederos tales responsabilidades, no obstante la indelegabilidad del albaceazgo?

Una *Sentencia* del Tribunal Supremo *de 27 de Marzo de 1896* nos ofrece la clave de la cuestión. El *hecho jurídico,* base del fallo, fué el siguiente: Un testador legó el quinto de sus bienes á los nietos que á la sazón tenía, y ordenó á sus albaceas que no entregasen el legado á los padres ó representantes legales de los menores, sin hipoteca ó garantía. Muerto el otorgante, los albaceas entregaron al padre de varios de los legatarios los bienes á éstos correspondientes, pero sin el requisito establecido por aquél. Fallecido un albacea, uno de los nietos demandó á los hijos del mismo, alegando no haber percibido la manda, y pidiendo se les condenara á su entrega.

Así lo estimó el Juzgado y la Audiencia, pero el Supremo casó la sentencia, en virtud de los fundamentos doctrinales que exponemos:

«Siendo un hecho cierto la adjudicación al padre de la demandante en la partición de la herencia de su abuelo, de los bienes que por virtud de voluntad del testador le correspondían, es evidente que carece de acción para pedir á los demandados, en concepto de *hijos del albacea,* el legado hecho á su favor por su abuelo, no constando, como no consta, y sí lo contrario, que obre en poder de los demandados, y no *revistiendo el cargo de albacea un carácter permanente como el de heredero, por razón del que las obligaciones de dicho cargo hayan de*

prolongarse indefinidamente, sustituyendo así su personalidad á la de los herederos, ni siendo transmisible por razón de herencia.»

«En el supuesto de que el albacea hubiera contraído responsabilidad en el ejercicio de su cargo, por separarse de las instrucciones del testador, y que ésta fuera consiguientemente exigible á sus herederos, ninguna relación tiene la acción ejercitada por el demandante, al limitarse á pedir el pago de un legado, con la que en todo caso procederá, partiendo de dicho supuesto, acciones que ni por su naturaleza ni por sus efectos ni transcendencia ni por la índole de la prueba que requiere, pueden ser confundidas.»

«El Tribunal sentenciador ha cometido, consiguientemente, las infracciones *(leyes de Partida y Jurisprudencia)* al condenar á *los herederos del albacea* al pago de un legado que no obra en su poder; y *careciendo*, además, los *demandados de personalidad y representación para cumplir el testamento.»*

Un somero examen de los fundamentos doctrinales expuestos permite observar y ver la línea divisoria de dos principios distintos: uno, el de la *intransmisibilidad* de las obligaciones propias del cargo, é inherentes á la persona del testamentario, ó sea de la actividad funcional del albaceazgo; otro, el de la *transmisión* de la responsabilidad derivada del mal desempeño ó del incumplimiento del cargo. Con arreglo á estos diversos principios, la sentencia absuelve: de una parte, á los herederos del albacea de la pretensión de un heredero del causante de que le entreguen los primeros un legado dejado á su favor por el último; y de otra declara *que si el albacea hubiera contraído responsabilidad, ésta sería consiguientemente exigible á sus herederos»*, y aun da á entender que hubiera prevalecido tal criterio de haberse ejercitado la acción procedente (la de daños y perjuicios).

Algunos Códigos extranjeros, que parten de la propia declaración que el nuestro en el problema que examinamos, advierten que aquélla no debe de tener límites tales que exijan en todo caso la aplicación literal y material de la misma. El albacea para comparecer en juicio necesita valerse de otro mandatario y de Letrado en ejercicio; para realizar ventas ó

actos de administración en lugares á que él no puede concurrir, para distribuir mejor sus tareas y ordenarlas, persiguiendo el más pronto y más acertado desempeño del cargo, puede juzgar conveniente valerse de mandatarios que, como dice el Código chileno, obren á sus órdenes; puede serle del todo necesario designar administradores de los bienes inmuebles hereditarios para el percibo de rentas, de las que en su día ha de dar estrecha cuenta, sobre todo si aquéllas y éstas radican en puntos distintos y hasta opuestos.

¿Ha de interpretarse tan estrictamente el art. 909, y dársele tan exagerado alcance, que suponga virtual prohibición al testamentario de realizar los expresados actos? Entendemos con plena convicción que no. De otra suerte, en la gran mayoría de los casos sería imposible de hecho y de derecho el ejercicio del cargo de albacea.

El testador da á aquél facultades para que cumpla su testamento en todo ó en parte; y lógicamente le autoriza para que realice todos aquellos actos que conduzcan á ese fin, siempre que él, por lo menos, sea el director, el vigilante, el alto inspector de todas las gestiones y trabajos encaminados al más breve y fiel cumplimiento de las cláusulas testamentarias. Es decir, no dimitiendo, no renunciando el albacea al encargo que como oficio de confianza se le ha impuesto, y él aceptado de buena voluntad, y manteniéndose en lo esencial exacto ejecutor de las disposiciones del testador, deben serle permitidas aquellas delegaciones, ya solemnes ya para encargos de orden secundario, que envuelvan mandatos parciales con relación al general de que el primero está llamado á responder.

Según dice Goyena, con opiniones más concluyentes, explicando el art. 738 del *Proyecto de 1851,* determinante de que el albacea no puede delegar sin expresa autorización del testador, tal precepto prohíbe la delegación íntegra y absoluta, no la parcial, ó sea el desempeño por otra persona de algunos actos del albaceazgo, cuando el testamentario no pueda ejecutarlos por sí mismo, pues que esto cede en beneficio de la ejecución y no repugna á la voluntad del finado, como la delegación íntegra y absoluta de su encargo y facultades.

Se entiende que las personas que obren por mandato del albacea han de hacerlo bajo su exclusiva responsabilidad, porque

como declara el art. 1.721 del Código, el mandatario responde de la gestión del sustituto.

No conocemos más legislación que la inglesa en que se preceptúe que el albacea puede transmitir por testamento sus facultades á un tercero, y éste á su vez delegarlas por última voluntad en otro, y así sucesivamente.

El Código de Méjico declara dicho cargo delegable sólo en virtud de poder solemne y salvo, en todo caso, lo dispuesto por el testador.

ART. 910. Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia ó remoción del albacea, y por el lapso del término señalado por el testador, por la ley, y, en su caso, por los interesados.

Concordancias.—Igual á la segunda parte de los artículos 738 del proyecto de 1851 y 913 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 911. En los casos del artículo anterior, y en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá á los herederos la ejecución de la voluntad del testador.

Concordancias. — Muy análogo al art. 914 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 910 Y 911.—Natural es que el tratado de albaceas *concluya* ocupándose de los modos de *conclusión* de dicho cargo. Los dos preceptos transcritos se corresponden por la evidente analogía de la materia que comprenden y por la referencia que el segundo hace al primero.

La muerte es el modo más natural de terminación del albaceazgo. Si éste es por esencia indelegable é intransmisible á los herederos, muerto el albacea, si no es más que uno, la ejecución del testamento dejará de corresponder á los testamentarios. Habiendo varios de éstos, ya resulten nombrados mancomunada ó ya solidariamente, los que sobreviviesen á sus compañeros les sustituirán en el cargo.

La imposibilidad puede ser física ó moral. Esta cuestión, como otras de las que comprende nuestro art. 910, puede presentarse bajo dos aspectos diferentes y ofrecer, por tanto, dos clases de soluciones.

El albacea puede alegar en su favor una imposibilidad de buero pretexto para dejar el cargo, dándola los herederos por buena y relevando, por virtud de ella, á dicho albacea; aunque se dude después de si á éste debe privársele de lo que le haya concedido el testador por razón de las funciones que fué llamado á desempeñar.

También puede ocurrir que la causa de imposibilidad física ó moral sea impugnada ó contradicha por los herederos, como insuficiente para la terminación del albaceazgo, y entonces alguien ha de ser el que dirima tales diferencias.

En otros términos, si una de las formas de dicha conclusión es la renuncia del albacea, según el artículo citado declara, poco importa que sea ó no calificada y grave la causa de la imposibilidad, cuando el testamentario, de todos modos, solucionaría la dificultad por sí mismo alegando, en último extremo, la renuncia en vez de la imposibilidad.

Quedaría, repetimos, por resolver el único problema relativo á la pérdida ó no de lo legado por el testador al albacea, de que trata el art. 900. Mas no, según ya dijimos, lo referente á la retribución ó merced consignada en el testamento, expresa ó tácitamente, en vista del trabajo que hubiese de producir la ejecución de aquél; pues son dos distintas las cuestiones que tratan el referido art. 900 y el 908: el primero alude á toda clase de mandas ó mercedes; el segundo á sólo las concedidas directa ó indirectamente como recompensa del albaceazgo.

De suerte que si no fuera para esos efectos y para acreditar el albacea, ante sus conciudadanos y ante los partícipes testamentarios, que desea dejar el cargo por razones que en ningún

caso signifiquen desafección ni ingratitud á la buena memoria del testador ni de sus sucesores, la causa de imposibilidad estaría de más en el art. 910, caso de conservarse en él la de renuncia.

La expuesta consideración nos lleva por la mano á otra. El citado precepto comprende motivos de conclusión del albaceazgo que puede utilizar el albacea y otro los herederos. Decimos otro, porque única y realmente podemos clasificar en la segunda de esas categorías á la remoción.

La imposibilidad pertenece á la primera; y, según lo expuesto, sólo habrá respecto de ella dificultad cuando entre testamentario y herederos existan divergencias acerca de la suficiencia de la causa invocada en tal sentido.

¿Qué criterio legal entonces debe seguirse? Fácil es contestar vaga y generalmente. Se estimarán como motivos bastantes de imposibilidad los que la produzcan para el ejercicio de las funciones de albacea. Mas como éstas pueden ser de tantas clases y afectar circunstancias y caracteres tan diversos, la contestación adecuada á la pregunta anterior no puede prever todas las causas posibles.

Sin embargo, la primera y más comprensible es la incapacidad moral, por pertenecer las supradichas funciones también al orden moral ó intelectual, y en las que el aspecto mecánico ó material (que, por otra parte, no se da en ningún caso exclusivamente tratándose de actos humanos), aparece, por lo regular, muy subordinado y secundariamente. La fatuidad ó imbecilidad, por tanto; la sordo-mudez, la locura, la prodigalidad, tienen forzosamente que producir, más que imposibilidad, verdadera incapacidad para el albaceazgo.

Otras causas de imposibilidad, del carácter expresado, las hallaremos en la presente sección del Código. En efecto: se considerará imposibilitado el que no tenga capacidad para obligarse, la mujer casada sin licencia de su marido, á no ser que esté separada legalmente de él, y el menor, aunque sea con la autorización de su padre ó tutor.

De imposibilidades materiales ó patológicas podríamos reputar una enfermedad incurable ó de larga duración, la que afectara á órgano interesante del cuerpo humano, etc.

Serían también imposibilidades las originadas por las múlti-

ples tareas del albacea, sobrevenidas después, como es natural, de la aceptación del cargo; porque no conviene olvidar que las causas que prevé el art. 910 son de terminación del albaceazgo; por tanto, suponen que éste tuvo comienzo legal y que el llamado á desempeñarlo no lo renunció en los plazos que distingue el art. 898; la de ser los albaceas tan pobres que no puedan atender á las funciones que el cargo supone, sin menoscabo de su subsistencia; la de no saber leer ni escribir, cuando ambas cosas sean precisas para el desempeño de dicho cargo; la de ostentar una edad muy avanzada, que suponga dificultad evidente en la ejecución de la última voluntad; la de tener que trasladarse el testamentario, si ha de cumplir debidamente su comisión, á punto ó puntos distintos de los de su residencia habitual, si los rendimientos del caudal hereditario, la retribución señalada por el testador ó el legado concedido no recompensaran ni indemnizaran á dicho testamentario de los desembolsos y molestias á tal objeto precisas.

De lo expuesto se deduce, sin esfuerzo alguno, que no es precisa declaración judicial de ningún género para que la incapacidad, determinante de la imposibilidad de que venimos tratando, constituya causa bastante para excusarse del cargo de albacea. La prudencia y recto criterio de éste y de los herederos decidirán la suficiencia de esa imposibilidad para el objeto expresado, interviniendo sólo los Tribunales cuando la armonía y amistosa concordia entre aquéllos no puedan lograrse.

Si el albacea no adopta la forma de renuncia, á nuestro juicio, no podrá tomarse la justicia por su mano, y tendrá que esperar, ó á que los herederos den por bueno el motivo de imposibilidad alegado, ó á que los Tribunales lo califiquen, para desatar ó anudar las relaciones jurídicas entre ejecutores testamentarios y herederos.

Y hacemos esa distinción entre la renuncia y la imposibilidad, de acuerdo con lo que ya antes exponíamos, porque el artículo 910 admite como medio de finalizar el albaceazgo dicha renuncia sin calificarla, cual, al parecer, hacían, según de sus artículos 738 y 913, respectivamente, se desprende, los *proyectos de 1851 y 1882*. Con lo que se da á entender claramente que en el renunciar es libre todo albacea, pues no es éste cargo obligatorio.

Es cierto que el art. 899 declara que el que acepte aquél se halla en la obligación de desempeñarlo; pero también el precepto siguiente autoriza al testamentario á renunciar, aun sin justa causa, sus funciones, si bien ateniéndose á las consecuencias de perder lo que le hubiere dejado el testador, salvo siempre lo que le corresponda por legítimas.

Luego es inútil hacer esperar al albacea á que los herederos aprueben tal renuncia, si aquél la formula afrontando todo riesgo en sus intereses, aunque, procediendo como hombre de ley y sin ánimo de perjudicar los derechos de testador y partícipes testamentarios, deberá hacerse que llegue á conocimiento de éstos el hecho de la dejación del albaceazgo.

En ese sentido, resultaría hasta intencionada la sustitución de «*justa causa*» que por la palabra «*renuncia*» se advierte, al comparar nuestro art. 910 con los citados en las concordancias legales del mismo, según advertimos. Es decir, la renuncia, justa ó no justa, siempre pondrá fin al albaceazgo.

Dicha renuncia, pues, debe distinguirse de la excusa á que el albacea puede acogerse dentro de los seis días siguientes á aquel en que tenga noticia de su nombramiento, ó, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador, y de lo que trata el art. 898.

De esta suerte nos explicamos la disposición del art. 911, al referirse á los casos del artículo anterior y «*al de no haber el albacea aceptado el cargo*»; pues si no se aludiese con las frases subrayadas á la excusa, tal precepto resultaría redundante ó incomprensible.

Según lo que antes dijimos, la renuncia, acto de conclusión del albaceazgo, mencionado en el art. 908, supone el comienzo de aquél. La excusa significa lo contrario, la manifestación del testamentario que rechaza la posesión del cargo; por lo tanto, es modo, no de terminación, pero sí de desaparición del albaceazgo, que corresponde prever al art. 911, como, en efecto, así lo hace.

Tampoco el legislador señala las causas por las cuales puede decidirse la *remoción* del albacea, ni aun indica la norma ó criterio que en ese caso debe de adoptarse. Con lo que se da muy justificado pretexto á que los comentaristas y las personas que se ven precisadas á aplicar el Código sobre ese particular,

diluciden y pregunten cuáles deben ser tales causas y si una determinada, que se presenta en cierto caso de la realidad, basta á los fines indicados.

Desde luego debemos anticipar que los herederos, por su voluntad y capricho, no pueden remover á un albacea. Es decir, poderes que aquéllos no han conferido, no están facultados para revocarlos. El testador sólo, por medio de un nuevo testamento, es el que tiene atribuciones para ello.

Necesítanse, por consiguiente, reglas de remoción. Ofrecen varias á tal objeto los Códigos extranjeros. El art. 1.069 del Código holandés dice que los albaceas pueden ser destituídos por las mismas causas que los tutores. Otros hablan de destitución fundada y acordada por el Juez, á instancia de los herederos ó del curador de la herencia yacente y después de oir al interesado.

Nosotros juzgamos que, ante todo, procede acudir á la fuente que nos proporciona tantos criterios de analogía en las diversas dudas que ofrece el presente tratado del Código, esto es, á la sección del mismo que regula el contrato de mandato. Éste concluye por uno de los modos que no conviene con la naturaleza del albaceazgo, según ya probamos, cual es el de la revocación. Pero no ocurre lo mismo con los demás que enumera el art. 1.732, después de los ya examinados en este comentario.

La interdicción civil indudablemente tiene que producir más que la remoción, propiamente dicha, la imposibilidad para ejercer el cargo; de ella tratamos al comentar el art. 893. Restringe, en efecto, la personalidad jurídica, suspende la patria potestad, supone la tutela del que en ella incurra, es causa de desheredación en los descendientes y para decretar la separación de bienes de los cónyuges y disuelve la sociedad por lo que se refiere al socio incurso en interdicción. Luego con más motivo dará lugar á la extinción del albaceazgo.

Por otra parte, es, según el Código penal, pena accesoria que acompaña á otras gravísimas señaladas también á delitos de importancia; y esto bastaría para originar la remoción.

Otra de las causas por las que cesa el mandato es la quiebra ó insolvencia del mandatario; y, sintiendo ir contra la autoriza-

dísima opinión de los eminentes jurisconsultos Laurent y Coin-Delisle, entendemos que debe poner término igualmente al albaceazgo. Reconoce el primero de aquéllos que, aun no siendo la ejecución testamentaria un contrato perfecto de mandato, sólo una razón de analogía podría aplicar á la primera, modo de extinción que está previsto para el segundo.

La quiebra ó insolvencia supone en el que á ellas viene á parar un estado anormal en su condición civil y hasta la incapacidad para administrar sus bienes; luego, con más razón imposibilitará para el ejercicio de funciones que algunas veces transcienden á más graves consecuencias; sin que pueda sostenerse que subsista la confianza en persona que ha venido á tales estados por el desacertado fin de sus especulaciones.

Claro es que si el testador dió á entender que creía en esa confianza nombrando albacea al que ya sabía que se hallaba en quiebra ó declarado insolvente, los herederos tendrían que respetar esa decisión y garantirse de otra suerte contra el probable peligro de sus derechos hereditarios.

En la determinación de los demás motivos de revocación ha de guiarnos siempre la idea fundamental expresada, relativa á la confianza y buena fe en que descansa el albaceazgo, y ser nuestro constante punto de partida la voluntad presunta del testador; suponiendo, en efecto, que si éste viviera, revocaría el nombramiento hecho ó removería al albacea que incurriese en alguno de esos motivos.

Bajo tan exacta consideración, debe parecer indudable que las causas que producen indignidad para suceder por testamento ó sin él, darán lugar, igualmente, á remoción. ¿Habría, en efecto, nada más inmoral y opuesto á la subsistencia de un oficio, de piedad, como el de testamentario, que éste ejecutase las órdenes postrimeras y más solemnes de un hijo á quien abandonó, ó después de condenado en juicio por haber atentado contra la vida de quien le nombró, ó del cónyuge, descendientes ó ascendientes de éste, ó habiéndole acusado de delito á que la ley señala pena aflictiva, siendo la acusación declarada calumniosa, ó no denunciando su muerte violenta dentro de un mes á la justicia, si ésta no hubiera ya procedido de oficio (á no ser obligatoria la denuncia), ó resultando condenado por adulterio con la mujer del testador, ó habiendo obligado á éste

por medio de amenaza, fraude ó violencia, á hacer testamento ó á cambiarlo, ó impedídole testar, revocar la tenida por su última voluntad, ó suplantándola, ocultándola ó alterándola? Á todo espíritu recto y á toda conciencia jurídica creemos que se impondrá la respuesta afirmativa.

Confirmando la idea que anteriormente exponíamos respecto á la quiebra é insolvencia, aplicamos asimismo á las causas de remoción citadas el art. 757 del Código en el sentido de que si el testador las conocía al tiempo de hacer el testamento, ó si habiéndolas sabido después, las remitiese en documento público, el nombramiento de albacea subsistiría y los herederos tendrían que dejar de pensar en su remoción.

¿Será causa de ella el aproximarse la finalización del plazo y prórrogas, sin haber dado principio el albacea á ejercer su cargo? Existe una *Sentencia* del Tribunal Supremo, fecha *16 de Febrero de 1889*, según la cual, no puede invocarse útilmente la *ley 6.ª, tít. X, Partida 6.ª* contra los albaceas por no haber ultimado las operaciones de testamentaría, á pesar de haber transcurrido dos años desde la muerte del testador, cuando éste ha concedido prórroga; y si bien ésta no debe ni puede entenderse ilimitada para removerles por negligentes, ha de preceder la amonestación de que habla la *ley 8.ª del mismo título y Partida*. Aunque tal amonestación no se deduce de ninguno de los preceptos que llevamos examinados en materia de albaceas, no hay inconveniente alguno en que se ponga en práctica como medida de prudencia, antes de acordar la remoción por el motivo referido, que suficientemente indica, ó una renuncia tácita del cargo voluntariamente aceptado, ó un desprecio á la confianza otorgada por el testador; salvo el caso en que la negligencia estuviese plenamente justificada.

El art. 922 del Código de la República de Guatemala dispone que por causas de negligencia, abuso ó malversación, pueden ser removidos los albaceas, sean cuales fueren su clase y la extensión de sus facultades, á petición de los interesados en los bienes.

¿Quién deberá acordar la remoción? Código hay, como el de Méjico (art. 3.749, núm. 6.º), que no admite aquélla como bastante si no se acuerda en sentencia pronunciada á petición de parte legítima y con audiencia del interesado. El jurisconsulto

Laurent entiende que la remoción del ejecutor testamentario no puede hacerse más que en un juicio por virtud del cual se pronuncie aquélla. El Código de la República Argentina (artículo 3.865) estatuye que la destitución ha de ser ordenada por el Juez. Nuestro art. 899 tambien encomienda á la Autoridad judicial el apreciar la justicia de la causa que, al renunciar su cargo, alegue el testamentario. Luego con más motivo procederá reservar á la misma Autoridad el juicio y consiguiente fallo sobre esa remoción que, en la mayor parte de las ocasiones, se pretenderá fundar en razones de gravedad é importancia para el buen nombre del albacea, y que han de afectar además á la respetable memoria del difunto testador, sin que parezca justo y adecuado que los herederos, por su misma consideración dentro del testamento, intervengan en cuestión que argüiría graves diferencias, cuyo esclarecimiento es más propio de un litigio, con las garantías y solemnidades que á su tramitación y resolución acompañan.

¿Pierde el albacea removido lo que el testador le dejó en el testamento? Recordamos que esta cuestión, si no iniciada al explicar el art. 900, fué reservada á propósito para el presente comentario, como lugar más adecuado donde ser propuesta y resuelta.

Tenemos ya distinguido el legado ó participación hereditaria cualquiera que el testador concede á un testamentario como uno de los partícipes de su caudal, de la parte que á aquél se le señala en el testamento, en atención y pago de los trabajos que el albaceazgo supone. Una y otra participación entendemos que debe de perder el albacea removido, con las debidas excepciones y salvedades.

Nada decimos de los casos en que la remoción se verifica por causas determinantes de indignidad para suceder por testamento ó sin él, pues éstas, por sí solas, dan lugar á dicha pérdida. Las causas que supongan ingratitud, deslealtad, olvido malicioso á la memoria del testador, enemistad posterior con éste, por principios de moral que el Derecho en este problema debe de hacer suyos, más que por otros de distinta naturaleza, tienen que parecer á todos suficientes para que la remoción motive alguna otra pena más que el abandono del albaceazgo, pues si no sería de peor condición un albacea que renunciara

aquél sin justa causa, ó no lo aceptare, el cual, según el artículo 900, pierde lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima.

Por esa razón, no conceptuaríamos justa la imposición de tal pérdida como pena al albacea que haya sido declarado en quiebra ó insolvencia, á no ser éstas fraudulentas ó punibles.

Además, la *ley 8.ª, tít. X, Partida 6.ª* señalaba al albacea removido por haber dejado transcurrir el tiempo prefijado, sin haber cumplido su encargo, la pena expresada.

De lo que el testador fijó en concepto de recompensa ó retribución del albaceazgo, á todo más, lo que podría reclamar el testamentario, por tener derecho á ella, es la parte proporcional de lo concedido, calculando los trabajos y gestiones practicados antes de declararse la remoción.

La última de las causas que cita el art. 910 es el transcurso del tiempo fijado al albacea para dar fin á su encargo. Por cierto que, respecto de ella, en la edición última del presente Código se subsanó una importante deficiencia que hacía patente la edición primitiva. Ésta no suponía más plazos que los señalados por el testador ó por la ley; y eso que su mismo artículo 905, en el párrafo 2.º, concedía al Juez, como conceden iguales párrafo y artículo de la edición que comentamos, la facultad de otorgar otra prórroga por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso, después de terminada la que fijó el testador.

Tampoco nuestro art. 910 cita ni alude á la prórroga judicial, sin que le sirva de excusa el que se refiera nada más que á plazo; pues si bien existe en el art. 904 el llamado plazo legal, también es cierto que los herederos y legatarios no pueden más que prorrogar aquél ó el concedido por el testador; y, sin embargo, aparecen citados en el art. 910, pues ellos deben ser los «*interesados*» que aquél en su última frase consigna, y que resultan omitidos con igual incomprensible inadvertencia en la primitiva edición del Código.

Si han de tener, pues, relación virtual y armónica los artículos 904, 905, 906 y 910, diremos que el albaceazgo también terminará por el lapso señalado por el testador, por la ley, por el Juez y por los herederos y legatarios, en sus respectivos y ya diferenciados casos.

¿No se concluirá también el albaceazgo, sin que hayan finalizado los expresados plazos, cuando resulte cumplido el testamento en todas sus partes? Fuera de toda duda, debe parecer que sí; á pesar de lo cual, nuestro art. 910 nada dice sobre ello, sin que los legisladores de la República Argentina (Código civil, art. 3.865), chileno (idem, art. 1.307), mejicano (3.749, número 1.º) y otros hallaran reparos ni inconvenientes en la misma indudable procedencia de esa causa, para disponer en tales preceptos que la ejecución testamentaria concluye también por el término natural del encargo, ó sea por la ejecución completa del testamento.

Hay otra causa que dejaría asimismo de incluirse en el artículo 910 por ser también explicable y natural, sin tener en cuenta que han de merecer esa consideración todas las que se enumeran en dicho precepto. Nos referimos á la de haber cesado el motivo que obligó al testador á nombrar albacea; como, por ejemplo, si, designado éste exclusivamente para entregar la herencia, los bienes que componen ésta se pierden en absoluto después de puesto en posesión del cargo dicho albacea; aunque entonces hay un caso de imposibilidad por parte de aquél para cumplir su encargo; ó cuando, nombrado condicionalmente, por creerse ausente ó imposibilitado el heredero, á quien el testador quiere encomendar, ante todo, la ejecución de su última voluntad, dicho heredero se presenta ó adquiere aptitud á tal fin, después de comenzado el albaceazgo.

***

El art. 911 indica la previsión del legislador para todos los casos, en absoluto, en que no haya albaceas, ya terminaran éstos su encargo por alguno de los medios especificados en el artículo precedente, ya por no haberse instituído ninguna clase de albaceazgo en el testamento, ya por haber quedado ese cargo sin efecto antes de que pudiera ser aceptado por el favorecido con él. En este mismo comentario dejamos indicada la significación de la frase del art. 911, «*y en el de no haber el albacea aceptado el cargo*».

La *Resolución* de la Dirección general de los Registros, *fecha 2 de Enero de 1893* y las *Sentencias* del Tribunal Supremo

de 6 de Diciembre de 1895 y 14 de Febrero de 1898, ya tuvieron ocasión de aplicar el mencionado precepto en los propios términos que el mismo revela. La primera confirma la providencia de un Registrador de la propiedad que se negó á inscribir una escritura, procedente de venta, que habían de otorgar albaceas dativos, á quienes discerniera el cargo el Tribunal eclesiástico, después de fallecidos los testamentarios, á fin de invertir el precio que se obtuviera en los pios sufragios ordenados por el testador; pues, existiendo herederos instituídos, á ellos compete, por virtud del art. 911 del Código civil, dar cumplimiento á la voluntad de su causante, sin que á ello se opongan los *capítulos 6.° y 8.°* de *Reformatione* de la *sesión 22* del Santo Concilio de Trento, según los que los Obispos deben conocer sumaria y extrajudicialmente, como Delegados de la Santa Sede, de las conmutaciones de las últimas voluntades, y son además, con el mismo carácter, ejecutores de todas las disposiciones piadosas hechas por última voluntad, lo que también prescriben las *leyes 5.ª y 7.ª, tít. X de la Partida 6.ª*, si el testador no hubiera designado, con el expresado fin, hombres ciertos ó los nombrados no quisieren cumplirlas, ni aun con vista de lo que declaran las *Resoluciones* del propio Centro citado, *5 de Septiembre de 1863, 25 de Agosto de 1879 y 3 de Octubre de 1884*, según las cuales, los bienes dejados al alma pueden inscribirse á favor de los albaceas, éstos pueden otorgar escrituras sin la concurrencia de los herederos, cuando es para cumplir la voluntad del finado y la obligación de vender en pública almoneda es extensiva á los dativos, pues, por encima de todas esas consideraciones, está la de que, ni aun aplicando la legislación anterior al Código civil, se destruiría la doctrina de su art. 911, ya que, en primer lugar, la *ley 7.ª, tít. X, Partida 6.ª*, fué derogada por las Recopiladas *(13, 14 y 15, tít. II, libro X de la Novísima Recopilación)*, que prohibieron terminantemente á la justicia eclesiástica mezclarse en el cumplimiento y ejecución de las últimas voluntades, por ser asunto de que tan sólo deben conocer los Jueces seculares, y además porque el *Decreto-ley de 6 de Diciembre de 1868*, al trazar los límites de la jurisdicción propia de la Iglesia, no incluyó en sus atribuciones la de nombrar albaceas dativos.

La *Sentencia de 6 de Diciembre de 1895* declara virtual-

mente que, siendo doctrina establecida por el Tribunal Supremo la de que cuando los herederos entren en posesión de bienes hereditarios cesan en sus funciones los albaceas y queda terminada la testamentaría, y, acreditado que una heredera universal recibió los bienes muebles por inventario formalizado ante dos testigos y tiene inscrita á su favor en el Registro de la propiedad la participación que correspondía al finado, de una finca, único inmueble que dejó, es indudable que el albacea nombrado carece ya de personalidad para representar á la herencia, y que todas las acciones que pueden ejercitarse respecto de la misma deben dirigirse contra la heredera, por ser la sucesora de todos los derechos y obligaciones del difunto, conforme dispone el artículo 661 del Código civil.

La *Sentencia de 14 de Febrero de 1898* da por válidas gestiones de albacea, al propio tiempo heredero, háyanse hecho en el primero ó segundo concepto, limitando ó excluyendo á testamentarios nombrados para el caso de muerte ó renuncia del primero.

Los herederos, al ejecutar desde un principio el testamento, ó al sustituir á los albaceas en el oficio propio de éstos, deberán sujetarse á las reglas que á los segundos obligan, según indican las disposiciones pertinentes del presente tratado, si el testador no llegó á prever tal supuesto. Así, pues, obrarán mancomunadamente, á no ser en el caso previsto por el art. 896; tendrán las facultades que quedan explicadas al examinar los 901 á 903, aparte de las que, como á tales herederos, les asisten; les serán aplicables las disposiciones relativas á plazos del albaceazgo y sus prórrogas; adquirirán, á nuestro juicio, y según ya indicamos al comentar el art. 908, la retribución de los que no admitan el cargo, dejando éste todos, y aun la de los que por cualquier concepto se desentendiesen de aquél, y les estará prohibido delegar tales facultades, á no ser con las salvedades que ya tenemos explicadas.

El art. 1.893 del Código portugués somete á los herederos, en el supuesto expresado, á estas reglas: si las porciones hereditarias fuesen desiguales, pertenecerá el cargo al más beneficiado; si fuesen iguales se encargará de la testamentaría uno, designado por los demás, y no viniendo éstos á un acuerdo, ó siendo alguno de los herederos menor, incapacitado ó ausente, corresponderá el nombramiento al Juez.

Creemos ya tener dicho, en la Introducción general al presente tratado de albaceas, que los herederos á quienes llegue á aplicarse nuestro art. 911 tendrán la consideración de albaceas legítimos, es decir, reconocidos por el ministerio de la ley, á falta de los testamentarios, ó cuando los de esta naturaleza nombrados y posesionados dejen de serlo. Mas aun refiriéndose la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Marzo de 1869*; ya recordada en otra parte, al antiguo Derecho civil, la cual dispone, entre otras cosas, que al Juez de primera instancia corresponde el nombramiento de albacea dativo, al menos por analogía, cuando el heredero, sustituyendo á los testamentarios nombrados por el testador, carece de persona que especialmente le represente, ¿será aplicable á la legislación civil novísima, y por tanto, complementaria de la doctrina que establece nuestro art. 911? En la citada Introducción general sostuvimos la opinión de ser posible el nombramiento de albaceas dativos en el caso á que se refiere el art. 966 de la *ley de Enjuiciamiento civil*.

Muy contadas, sin embargo, serán las circunstancias en que se haga forzosa la ampliación de dicho criterio, invocando para ello solamente principios de analogía, como advierte la mencionada sentencia; pues no han de ser frecuentes, ni mucho menos, los casos en que el heredero carezca de persona que especialmente le represente. Á no ser cuando se trate de diligencias urgentes, cuyo aplazamiento implicara perjuicios de transcendencia para los partícipes hereditarios, sin ser posible por el pronto habilitar de representante legal al heredero, éste siempre figurará asistido, siendo menor de edad ó no teniendo completa su capacidad civil, por sus padres, marido ó tutor, los cuales, por lo mismo que han de representar, no á albaceas testamentarios, sino á legítimos, no estarán comprendidos en la prohibición del art. 893 del Código, que marca los requisitos para poder ser ejecutor testamentario; bajo cuyo supuesto, ese precepto no se aplicará á los albaceas legítimos, salvo que la voluntad del testador hubiera previsto el caso y solucionádolo en forma que deba respetarse.

TEXTO LITERAL DE LOS ARTICULOS

DEL CODIGO CIVIL

QUE CONTIENE ESTE TOMO

CAPÍTULO II

De la herencia.

Sección décima.

De las mandas y legados.

Art. 858. El testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo á su heredero, sino también á los legatarios.

Éstos no estarán obligados á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado.

Art. 859. Cuando el testador grave con un legado á uno de los herederos, él sólo quedará obligado á su cumplimiento.

Si no gravare á ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos.

Art. 860. El obligado á la entrega del legado responderá en caso de evicción, si la cosa fuese indeterminada y se señalase sólo por género ó especie.

Art. 861. El legado de cosa ajena, si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado á adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, á dar á éste su justa estimación.

La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario.

Art. 862. Si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado.

Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento.

Art. 863. Será válido el legado hecho á un tercero de una cosa propia del heredero ó de un legatario, quienes, al aceptar la sucesión, deberán entregar la cosa legada ó su justa estimación, con la limitación establecida en el artículo siguiente.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos.

Art. 864. Cuando el testador, heredero ó legatario tuviesen sólo una parte ó un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado á esta parte ó derecho, á menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero.

Art. 865. Es nulo el legado de cosas que están fuera del comercio.

Art. 866. No producirá efecto el legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario, aunque en ella tuviese algún derecho otra persona.

Si el testador dispone expresamente que la cosa sea liberada de este derecho ó gravamen, valdrá en cuanto á ésto el legado.

Art. 867. Cuando el testador legare una cosa empeñada ó hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará á cargo del heredero.

Si por no pagar el heredero lo hiciese el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero.

Cualquiera otra carga, perpetua ó temporal, á que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los intereses ó réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia.

Art. 868. Si la cosa legada estuviere sujeta á usufructo, uso ó habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan.

Art. 869. El legado quedará sin efecto:

1.° Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía.

2.° Si el testador enajena, por cualquier título ó causa, la cosa legada ó parte de ella, entendiéndose en este último caso

que el legado queda sólo sin efecto respecto á la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.

3.° Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, ó después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado á pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el art. 860.

Art. 870. El legado de un crédito contra tercero, ó el de perdón ó liberación de una deuda del legatario, sólo surtirá efecto en la parte del crédito ó de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador.

En el primer caso, el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor.

En el segundo, con dar al legatario carta de pago, si la pidiere.

En ambos casos, el legado comprenderá los intereses que por el crédito ó la deuda se debieren al morir el testador.

Art. 871. Caduca el legado de que se habla en el artículo anterior si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento.

Por el legado hecho al deudor de la cosa empeñada sólo se entiende remitido el derecho de prenda.

Art. 872. El legado genérico de liberación ó perdón de las deudas comprende las existentes al tiempo de hacerse el testamento, no las posteriores.

Art. 873. El legado hecho á un acreedor no se imputará en pago de su crédito, á no ser que el testador lo declare expresamente.

En este caso el acreedor tendrá derecho á cobrar el exceso del crédito ó del legado.

Art. 874. En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvas las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador.

Art. 875. El legado de cosa mueble genérica será válido, aunque no haya cosas de su género en la herencia.

El legado de cosa inmueble no determinada sólo será válido si la hubiere de su género en la herencia.

La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior.

Art. 876. Siempre que el testador deje expresamente la elección al heredero ó al legatario, el primero podrá dar, ó el segundo elegir, lo que mejor les pareciere.

Art. 877. Si el heredero ó legatario no pudiere hacer la elección en el caso de haberle sido concedido, pasará su derecho á los herederos; pero, una vez hecha la elección, será irrevocable.

Art. 878. Si la cosa legada era propia del legatario á la fecha del testamento, no vale el legado, aunque después haya sido enajenada.

Si el legatario la hubiese adquirido por título lucrativo después de aquella fecha, nada podrá pedir por ello; mas, si la adquisición se hubiese hecho por título oneroso, podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla.

Art. 879. El legado de educación dura hasta que el legatario sea mayor de edad.

El de alimentos dura mientas viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa.

Si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia.

Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero ú otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

Art. 880. Legada una pensión periódica ó cierta cantidad anual, mensual ó semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolución aunque el legatario muera antes qué termine el período comenzado.

Art. 881. El legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite á sus herederos.

Art. 882. Cuando el legado es de cosa especifica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos ó rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

La cosa legada correrá desde el mismo instante á riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida ó deterioro, como también se aprovechará de su aumento ó mejora.

Art. 883. La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador.

Art. 884. Si el legado no fuere de cosa especifica y determinada, sino genérico ó de cantidad, sus frutos é intereses desde la muerte del testador corresponderán al legatario cuando el testador lo hubiese dispuesto expresamente.

Art. 885. El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero ó al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla.

Art. 886. El heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación.

Los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.

Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán á cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima.

Art. 887. Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente:

1.° Los legados remuneratorios.

2.° Los legados de cosa cierta y determinada, que formen parte del caudal hereditario.

3.° Los legados que el testador haya declarado preferentes.

4.° Los de alimentos.

5.° Los de educación.

6.° Los demás á prorrata.

Art. 888. Cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer.

Art. 889. El legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuere onerosa.

Si muriese antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado.

Art. 890. El legatario de dos legados, de los que uno fuere oneroso, no podrá renunciar éste y aceptar el otro. Si los dos son onerosos ó gratuitos, es libre para aceptarlos todos ó repudiar el que quiera.

El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, ó renunciar éste y aceptar aquélla.

Art. 891. Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios á proporción de sus cuotas, á no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Sección undécima.

De los albaceas ó testamentarios.

Art. 892. El testador podrá nombrar uno ó más albaceas.

Art. 893. No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse.

La mujer casada podrá serlo con licencia de su marido, que no será necesaria cuando esté separada legalmente de él.

El menor no podrá serlo, ni aun con la autorización del padre ó del tutor.

Art. 894. El albacea puede ser universal ó particular.

En todo caso, los albaceas podrán ser nombrados mancomunada, sucesiva ó solidariamente.

Art. 895. Cuando los albaceas fueren mancomunados, sólo valdrá lo que todos hagan de consuno, ó lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, ó lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número.

Art. 896. En los casos de suma urgencia podrá uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente á los demás.

Art. 897. Si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, ni fija el orden en que deben desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente y

desempeñarán el cargo como previenen los dos artículos anteriores.

Art. 898. El albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes á aquel en que tenga noticia de su nombramiento, ó, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador.

Art. 899. El albacea que acepta este cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo; pero lo podrá renunciar alegando causa justa, al prudente arbitrio del Juez.

Art. 900. El albacea que no acepte el cargo, ó lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima.

Art. 901. Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias á las leyes.

Art. 902. No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes:

1.ª Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo á lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.

2.ª Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero.

3.ª Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.

4.ª Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.

Art. 903. Si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aprontaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación ó establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.

Art. 904. El albacea á quien el testador no haya fijado plazo,

deberá cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación, ó desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez ó nulidad del testamento ó de alguna de sus disposiciones.

Art. 905. Si el testador quisiere ampliar el plazo legal, deberá señalar expresamente el de la prórroga. Si no lo hubiese señalado, se entenderá prorrogado el plazo por un año.

Si, transcurrida esta prórroga, no hubiese todavía cumplido la voluntad del testador, podrá el Juez conceder otra por el tiempo que fuese necesario, atendidas las circunstancias del caso.

Art. 906. Los herederos y legatarios podrán, de común acuerdo, prorrogar el plazo de albaceazgo por el tiempo que crean necesario; pero, si el acuerdo fuese sólo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año.

Art. 907. Los albaceas deberán dar cuenta de su encargo á los herederos.

Si hubieren sido nombrados, no para entregar los bienes á herederos determinados, sino para darles la inversión ó distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al Juez.

Toda disposición del testador contraria á este artículo será nula.

Art. 908. El albaceazgo es cargo gratuito. Podrá, sin embargo, el testador señalar á los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición ú otros facultativos.

Si el testador lega ó señala conjuntamente á los albaceas alguna retribución, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá á los que lo desempeñen.

Art. 909. El albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador.

Art. 910. Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia ó remoción del albacea, y por el lapso del término señalado por el testador, por la ley y, en su caso, por los interesados.

Art. 911. En los casos del artículo anterior, y en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá á los herederos la ejecución de la voluntad del testador.

ÍNDICE GENERAL

CÓDIGO CIVIL

Págs.

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (secciones décima y undécima, cap. II, tit. III, libro III del Código) y los proyectos de 1851 y 1882 y Códigos extranjeros.. 5

LIBRO TERCERO

Título III.—De las sucesiones.

CAPÍTULO II

DE LA HERENCIA

Sección décima.—De las mandas y legados..... 137

Art. 858, pág. 167 Art. 870, pág. 267 Art. 881, pág. 329
» 859, » 179 » 871, » 268 » 882, » 329
» 860, » 191 » 872, » 268 » 883, » 344
» 861, » 202 » 873, » 280 » 884, » 352
» 862, » 203 » 874, » 284 » 885, » 359
» 863, » 212 » 875, » 288 » 886, » 367
» 864, » 212 » 876, » 289 » 887, » 373
» 865, » 222 » 877, » 290 » 888, » 387
» 866, » 229 » 878, » 306 » 889, » 387
» 867, » 233 » 879, » 314 » 890, » 388
» 868, » 234 » 880, » 323 » 891, » 396
» 869, » 247

Sección undécima.—De los albaceas ó testamentarios... 399

Art. 892, pág. 416 Art. 894, pág. 427 Art. 896, pág. 427
» 893, » 417 » 895, » 427 » 897, » 428

Págs.

Art. 898, pág. 443 Art. 903, pág. 456 Art. 908, pág. 518
» 899, » 443 » 904, » 498 » 909, » 525
» 900, » 444 » 905, » 499 » 910, » 531
» 901, » 453 » 906, » 499 » 911, » 531
» 902, » 454 » 907. » 510 »

Texto literal de los artículos del Código civil que contiene este tomo..... 545

ÍNDICE ALFABÉTICO

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
A		
Aceptación del cargo de albacea....	898	443
Aceptación del cargo de albacea. — Aceptación expresa y tácita.....	898	445
Aceptación de legados por los herederos del legatario.....	889	387
Aceptación del albaceazgo. Proyecto de 1851.....	»	20
Aceptación del cargo de albacea. Código alemán.....	»	47
Aceptación del cargo de albacea. Código guatemalteco.....	»	111
Aceptación del cargo de albacea. Código italiano.....	»	75
Aceptación del cargo de albacea. Código mejicano.....	»	132
Aceptación del cargo de albacea. Código portugués.....	»	91
Aceptación del cargo de albacea. Códigos belga y francés.....	»	60
Aceptación de legados.....	881	336
Aceptación de legados. Código alemán.	»	41
Aceptación de legados. Código guatemalteco.....	»	103
Aceptación de legados. Código italiano.....	»	69
Aceptación de legados. Código mejicano.....	»	124
Aceptación de legados. Código portugués.....	»	85

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Aceptación de legados. Proyecto de 1851	»	14
Aceptación de legados. Proyecto de 1882	»	26
Aceptación y renuncia de legados. Códigos belga y francés	»	57
Acreedores del heredero que no lo sean de la masa hereditaria. Código alemán	»	50
Acuerdos de los albaceas nombrados mancomunadamente	895	427
Adquisición del derecho al legado en los puros y simples	881	329
Adquisición de legados	881	331
Adquisición de legados. Código guatemalteco	»	103
Adquisición de legados. Código italiano	»	70
Adquisición de legados. Código mejicano	»	125
Adquisición de legados. Código portugués	»	85
Adquisición de legados. Códigos belga y francés	»	57
Adquisición de los legados de cosa específica y determinada	882	329
Adquisición de los legados. Proyecto de 1851	»	12
Adquisición de los legados. Proyecto de 1882	»	24
Adquisición de los legados puros y condicionales. Proyecto de 1851	»	12
Afianzamiento del legado. Proyecto de 1851	»	16
Albacea: Aceptación y renuncia del cargo. Código portugués	»	91
Albacea: Cuándo queda ineficaz el nombramiento. Código alemán	»	47
Albacea: ¿es un verdadero mandatario?	»	407
Albacea nombrado para practicar solamente trabajos facultativo: ¿se le debe retribución?	908	522
Albacea: No puede delegar su cargo.	909	525

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Albacea removido: ¿pierde lo que el testador le dejó en el testamento?.	910	539
Albaceas..	»	399
Albacea: Aceptación del cargo.....	898	443
Albaceas: Aceptación, renuncia y extinción del cargo. Proyecto de 1851.	»	20
Albaceas: Aceptación y renuncia del cargo. Código guatemalteco	»	111
Albaceas: Aceptación y renuncia del cargo. Código mejicano..	»	132
Albaceas: Aceptación y renuncia del cargo. Códigos belga y francés...	»	60
Albaceas: Capacidad para desempeñar este cargo. Códigos belga y francés.....	»	59
Albaceas: Capacidad para desempeñar este cargo. Proyecto de 1851...	»	16
Albaceas: Caracteres del cargo. Código italiano.....	»	74
Albaceas: Caracteres del cargo. Código mejicano..... ...	»	131
Albaceas: Causas de incapacidad para el desempeño del cargo.....	893	417
Albaceas. Código alemán.....	»	46
Albaceas. Código guatemalteco....	»	109
Albaceas. Código italiano.....	»	74
Albaceas. Código mejicano..	»	130
Albaceas. Código portugués	»	90
Albaceas. Códigos belga y francés .	»	58
Albaceas: Comparación entre los artículos 893 del Código y 894 del proyecto de 1882..	»	27
Albaceas: Comparación entre el artículo 897 del Código y el 898 del proyecto de 1882..	»	28
Albaceas: Comparación entre los artículos 902 del Código y 903 del proyecto de 1882..... .	»	28
Albaceas: Comparación entre los artículos 903 del Código y 904 del proyecto de 1882.....	»	29
Albaceas: Comparación entre los artículos 905 del Código y 904 del proyecto de 1882.....	»	29

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Albaceas: Comparación entre los artículos 908 del proyecto de 1882 y 906 del Código.....	»	30
Albaceas: Comparación entre los artículos 909 del proyecto de 1882 y 906 del Código.....	»	30
Albaceas: El deber que éstos tienen de rendir cuentas, ¿se transmite á sus herederos?.....	907	515
Albaceas: Facultad de nombrarlos. Proyecto de 1851.....	»	16
Albaceas: Facultades contrarias á las leyes que les sean otorgadas por el testador.....	901	466
Albaceas: Facultad para nombrarlos.	892	416
Albaceas: Formación de inventario. Código alemán	»	50
Albaceas: Formación de inventario. Proyecto de 1851.....	»	21
Albaceas: Formas en que pueden ser nombrados.....	894	427
Albaceas: Juez competente para entender en la aprobación de las cuentas presentadas por aquéllos..	907	515
Albaceas: Limitaciones que puede imponerles el testador. Código alemán.	»	48
Albaceas mancomunados.....	895	427
Albaceas mancomunados: Acuerdos en caso de urgencia.....	896	427
Albaceas mancomunados: ¿Quién decide las cuestiones que surjan entre ellos? Código alemán.....	»	52
Albaceas para un solo objeto. Código alemán.....	»	52
Albaceas: Plazo en que han de cumplir su encargo..	904	498
Albaceas. Proyecto de 1851.....	»	16
Albaceas. Proyecto de 1882..... .	»	27
Albacea: ¿quién debe acordar su remoción?.....	911	538
Albaceas: Reglas á que deben someterse para la venta de bienes en las herencias en que se halle interesado un menor ó un ausente.....	903	481

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Albaceas: Rendición de cuentas	907	510
Albaceas: Renuncia del cargo. Código alemán	»	53
Albaceas: Requisitos á que deben someterse para la venta de bienes en las herencias en que se halle interesada una Corporación	903	484
Albaceas retribuídos: Caso de muerte, imposibilitación para el cargo ó remoción de alguno de ellos, ¿qué distribución se dará á la remuneración?	908	524
Albaceas: Sentencias importantes acerca de este cargo	»	415
Albaceas: Si no acepta el cargo ó lo renuncia sin justa causa, ¿pierde lo que el testador le hubiese dejado?	900	444
Albaceas: Su remoción. Código alemán	»	53
Albaceas: Su responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione. Código alemán	»	52
Albaceas: Su retribución. Código alemán	»	52
Albaceas: Sus atribuciones y sus deberes. Código alemán	»	47
Albaceas: Sus clases	894	427
Albaceas: Sus clases. Código guatemalteco	»	110
Albaceas: Sus clases. Código italiano	»	74
Albaceas: Sus clases. Código mejicano	»	131
Albaceas: Sus clases. Código portugués	»	91
Albaceas: Sus clases. Proyecto de 1851	»	16
Albaceas: Sus deberes como administradores de la masa. Código alemán	»	51
Albaceas: Sus facultades	901	453
Albaceas: Sus facultades. Código guatemalteco	»	111
Albaceas: Sus facultades. Código italiano	»	75

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Albaceas: Sus facultades. Código mejicano	»	133
Albaceas: Sus facultades. Código portugués	»	92
Albaceas: Sus facultades. Códigos belga y francés	»	60
Albaceas: Sus facultades. Funeral del testador	902	470
Albaceas: Sus facultades legales. Pago de legados en dinero	902	47
Albaceas: Sus facultades. Proyecto de 1851	»	18
Albaceas: Sus obligaciones. Código guatemalteco	»	112
Albaceas: Sus obligaciones. Código italiano	»	76
Albaceas: Sus obligaciones. Código mejicano	»	134
Albaceas: Sus obligaciones. Código portugués	»	94
Albaceas: Sus obligaciones. Códigos belga y francés	»	60
Albaceas: Sus obligaciones. Proyecto de 1851	»	19
Albaceazgo: Aceptación y renuncia del cargo	»	75
Albaceazgo: Apuntes históricos acerca de esta institución	»	402
Albaceazgo: Capacidades para ejercer el cargo. Código guatemalteco.	»	110
Albaceazgo: Caracteres del cargo. Código guatemalteco	»	110
Albaceazgo: Caracteres del cargo. Código portugués	»	91
Albaceazgo: Es cargo gratuito	908	518
Albaceazgo: Es cargo voluntario	898	443
Albaceazgo mancomunado	894	434
Albaceazgo: Plazo para desempeñarlo. Código guatemalteco	»	113
Albaceazgo: Plazo para desempeñarlo. Código italiano	»	76
Albaceazgo: Plazo para desempeñarlo. Código portugués	»	94
Albaceazgo: Renuncia de este cargo.	899	443

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Albaceazgo solidario	894	434
Albaceazgo sucesivo	894	439
Albaceazgo: Su concepto jurídico	894	428
Albaceazgo: Su extinción. Código italiano	»	76
Albaceazgo: Su plazo. Códigos belga y francés	»	60
Albaceazgo: Sus caracteres: Códigos belga y francés	»	59
Albaceazgo: Sus caracteres. Proyecto de 1851	»	17
Albaceazgo: Sus clases. Códigos belga y francés	»	59
Albaceazgo: Su término	910	531
Albaceazgo: Su término. Código guatemalteco	»	114
Albaceazgo: Su término. Código mejicano	»	134
Albaceazgo: Su término. Código portugués	»	95
Albaceazgo: Su término. Códigos belga y francés	»	60
Alemania: Estudio comparativo	»	30
Ampliación por el testador del plazo en que los albaceas han de cumplir su encargo	905	499
Antecedentes históricos del legado	»	150
Apuntes históricos acerca de la institución del albaceazgo	»	402
Apuntes históricos acerca del legado de cosa hipotecada ó empeñada	867	234
Apuntes históricos acerca del orden de prelación para el pago de legados	887	378
Atribuciones de los albaceas. Código alemán	»	47
Autorización para desempeñar el cargo de albacea. Quién y á quiénes puede concederse	893	417
B		
Bélgica y Francia. Estudio comparativo	»	54

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Bienes hereditarios: Su conservación y custodia	903	492
Bienes hereditarios: Su posesión por el albacea	905	496
Bienes hereditarios: Su venta por el albacea	903	476
Bienes que están comprendidos en la disposición del art. 865	865	226
C		
Causa de incapacidad para desempeñar el albaceazgo	893	417
Caducidad de la carga. Código alemán	»	44
Caducidad del legado de un crédito contra tercero, ó del de perdón ó liberación de una deuda del legatario	871	268
Caducidad de los legados: ¿la producen toda clase de enajenaciones?	869	259
Cantidad que ha de fijarse para los legados de educación y alimentos caso de no haberlo hecho el testador	879	314
Capacidad para el albaceazgo. Código guatemalteco	»	110
Capacidad para el albaceazgo. Código italiano	»	74
Capacidad para el albaceazgo. Código mejicano	»	131
Capacidad para el albaceazgo. Código portugués	»	90
Capacidad para el albaceazgo. Códigos belga y francés	»	59
Capacidad para el albaceazgo. Proyecto de 1851	»	16
Carácter defectivo del orden de prelación fijado para el pago de legados	887	373
Caracteres del albaceazgo. Códigos belga y francés	»	59
Caracteres del albaceazgo. Proyecto de 1851	»	17

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Caracteres del cargo de albacea. Código guatemalteco	»	110
Caracteres del cargo de albacea. Código italiano	»	74
Caracteres del cargo de albacea. Código mejicano	»	131
Caracteres del cargo de albacea. Código portugués	»	91
Cargas de la herencia. Código alemán	»	44
Cargas de la herencia: Su caducidad. Código alemán	»	44
Cargas impuestas al legatario. Código alemán	»	42
Caso de aceptar la herencia ó el legado los gravados con mandas, ¿quién ha de satisfacerlas?	858	177
Caso de existir contienda judicial, el legatario no podrá pedir el saneamiento por evicción	860	199
Caso de no aceptar el legado ó la herencia, aquellos á quienes el testador ordenó la satisfacción de las mandas, ¿quedan éstas por tal motivo ineficaces?	858	175
Caso de que toda la herencia se distribuya en legado. Proyecto de 1882.	»	27
Caso en que el legado de cosa ajena, cuya circunstancia era desconocida por el testador, es válido	862	203
Caso en que el testador legase una cosa que creyera propia del legatario y no lo fuese realmente	866	231
Caso en que en el legado á un tercero de cosa propia de heredero ó de un legatario no posean éstos más que un derecho ó una parte de la cosa legada	864	212
Caso en que no se determina la persona favorecida con un legado. Código alemán	»	33
Caso en que toda la herencia se distribuye en legados	891	396
Caso en que varios herederos ó lega-		

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
tarios hayan sido gravados con un mismo legado: Mancomunidad proporcional. Código alemán	»	33
Caso que entre los albaceas que acepten su comisión y sean hábiles, haya quienes se nieguen á ejercerla en determinadas circunstancias...	894	436
Caso de existir litigios sobre la validez de un testamento ó de alguna de sus disposiciones, los albaceas deberán cumplir su encargo cuando aquéllos terminen.....	904	498
Caso de no haber en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados: Facultades de los albaceas.....	903	456
Causas de extinción del albaceazgo..	910	531
Causas de extinción del albaceazgo. Código alemán....	»	53
Causas de extinción del albaceazgo: ¿lo es el resultar cumplido el testamento antes de terminar el plazo y prórrogas concedidas?....	911	541
Causas de extinción del albaceazgo: ¿será una de ellas el aproximarse la finalización del plazo y prórrogas, sin haber dado principio el albacea á ejercer su cargo?.....	910	538
Causas de la renuncia del albaceazgo.	899	446
Causas por las que los legados quedan sin efecto..	869	247
Causas por las que puede ser removido un albacea.....	910	535
Causas por las que se extingue el legado de alimentos.....	879	320
Clases de albaceas	894	427
Clases de albaceas. Código guatemalteco	»	110
Clases de albaceas. Código italiano.	»	74
Clases de albaceas. Código mejicano.	»	131
Clases de albaceas. Proyecto de 1851.	»	16
Clases de albaceazgo. Código portugués	»	91

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Clases del albaceazgo. Códigos belga y francés	»	59
Clases de legados. Código italiano	»	64
Clases de legados. Código guatemalteco	»	101
Clases de legados. Código mejicano	»	117
Clases de legados. Código portugués	»	79
Clases de legados. Códigos belga y francés	»	56
Clases de legados. Proyecto de 1882	»	22
Clases y modalidades de los legados. Proyecto de 1851	»	6
Concepto jurídico del albaceazgo	894	428
Concepto de la palabra «albacea»	»	400
Concepto del legado. Código alemán	»	31
Conservación de los bienes hereditarios	903	492
Contratos hechos por los albaceas. Código alemán	»	48
Correlación de las obligaciones del albacea con la forma del albaceazgo	894	439
Cosa ajena legada que hubiere sido dejada en dos distintos testamentos	862	210
Cosa ajena legada. Proyecto de 1851	»	6
Cosa ajena legada. Proyecto de 1882	»	22
Cosa ajena que el testador hace objeto de un legado	861	202
Cosa determinada que es objeto de legado	860	194
Cosa determinada sólo por su especie que es objeto de legados. Código alemán	»	34
Cosa empeñada, hipotecada ó gravada que es objeto de legado. Proyecto de 1882	»	23
Cosa empeñada ó hipotecada que es objeto de legado	867	233
Cosa indeterminada y que se señale sólo por género ó especie, y que es objeto del legado: Responsabilidad del obligado á entregarla en caso de evicción	860	191
Cosa inmueble no determinada que es objeto de legado	875	288

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Cosa legada á varias personas. Código alemán	»	35
Cosa legada: Gravámenes hipotecarios. Código alemán	»	37
Cosa legada: Su enajenación en todo ó en parte por el testador	869	247
Cosa legada: Su entrega	883	344
Cosa legada: Su entrega. Proyecto de 1851	»	12
Cosa legada: Su entrega. Proyecto de 1882	»	25
Cosa legada: Sus gravámenes. Código alemán	»	37
Cosa legada: Sus mejoras y pérdidas	882	342
Cosa legada: Su transformación	869	247
Cosa mueble genérica que es objeto de legado	875	288
Cosa propia del heredero ó de un legatario que es legada á un tercero	863	212
Cosa propia del legatario al hacerse el testamento, y que es objeto de un legado	866	229
Cosa propia del legatario que es objeto de un legado. Proyecto de 1882	»	22
Cosas específicas y determinadas propias del testador, que éste lega. Proyecto de 1851	»	12
Cosas específicas y determinadas propias del testador y que éste hace objeto de un legado. Proyecto de 1882	»	24
Cosas extrañas á la sucesión que son objeto de legado. Código alemán	»	38
Cosas genéricas ó de cantidad legadas. Proyecto de 1851	»	12
Cosas genéricas ó de cantidad que son objeto de legado. Proyecto de 1882	»	24
Cosas indeterminadas que son objeto de legado. Proyecto de 1851	»	9
Cosas indeterminadas que son objeto de legado. Proyecto de 1882	»	23
Cosas que comprende el legado de alimentos	879	315

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Cosas que comprende el legado de educación	879	318
Cosas que estén fuera del comercio que son objeto de legado. Proyecto de 1882	»	22
Cosas que estén fuera del comercio y son legadas: Nulidad de esta clase de legados. Proyecto de 1851	»	8
Cosas que estén fuera del comercio y son objeto de un legado	865	222
Cosas que no pueden comprenderse en el legado de cosa ajena	861	206
Cosa sujeta á usufructo, uso ó habitación y que es objeto de un legado	868	234
Crédito contra tercero que es objeto de un legado	870	267
Crítica del concepto *«facultades del albacea»* empleado por el Código	902	495
Cuestión acerca de la relación que pueda existir entre el art. 886 y el 371 del Código	886	371
Cuestión acerca del legado de cosa propia del legatario á la fecha del testamento	878	309
Cuestión acerca de si el albacea es un mandatario	»	407
Cuestión acerca de si la posesión de los bienes hereditarios la tiene el albacea por la ley ó por el testador	903	497
Cuestiones entre varios albaceas mancomunados: Quién las decide. Código alemán	»	52
Cuestión que se desprende del contenido de los artículos 820 y 887 del Código	887	377
Cumplimiento de la voluntad del testador por los herederos en defecto de albaceas. Código portugués	»	96
Cumplimiento de legados. Por un sólo heredero	859	182
Cumplimiento de legados. Por varios herederos ó legatarios	859	182

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
D		
Deber de rendir cuentas los albaceas: ¿es transmisible á sus herederos?..	907	515
Deberes anejos al cargo de albacea. Código alemán.....	»	47
Deberes del albacea como administrador de la masa. Código alemán.	»	51
Deberes del heredero cuando el testador legase un crédito contra tercero, ó el perdón ó liberación de una deuda del legatario.....	870	267
Deberes del heredero cuando se trate del legado de cosa no perteneciente á la sucesión. Código alemán	»	38
Delegación del cargo de albacea....	909	525
Derecho á los legados puros y simples: Tiempo en que se adquiere..	881	329
Derecho de elección en los legados. Código guatemalteco.....	»	105
Derecho de elección en los legados. Código italiano	»	71
Derecho de elección en los legados. Código mejicano.....	»	126
Derecho de elección en los legados de cosa mueble genérica ó cosa inmueble no determinada.....	875	288
Derecho de elección: ¿en qué términos ha de ejercitarse?..... ..	876	297
Derecho de elección: ¿puede el testador encomendar á un tercero la ejecución de este derecho?.... ...	877	300
Derechos del heredero respecto de los bienes hereditarios administrados por el ejecutor. Código alemán.	»	51
Derecho del legatario para pedir al heredero ó albacea la entrega de la cosa legada.....	885	359
Derechos del heredero ó legatario, caso de que el testador les deje expresamente la elección....	876	289
Derechos del legatario. Código alemán.....	»	40

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Derechos del legatario de un legado de cosa específica y determinada .	882	329
Derechos del legatario en el caso de legársele una pensión periódica...	880	323
Derechos que van comprendidos en la evicción.....	860	196
Deudas que comprende el legado genérico de liberación.....	872	268
Deudas y pensiones acensuadas sobre el fundo legado. Código alemán.....	»	38
Distribución de los frutos ó rentas de la cosa legada.....	882	337
Distribución de toda la herencia en legados.....	891	396
Distribución de toda la herencia en legados. Proyecto de 1882.....	»	27
Duración del legado de alimentos...	879	314
Duración del legado de educación..	879	314
E		
Efectos de la extinción de legados. Código guatemalteco.....	»	108
Efectos de la extinción de legados. Código portugués.....	»	90
Efectos de la extinción de los legados. Código mejicano.....	»	128
Efectos del legado de un crédito del testador contra el heredero. Código alemán.....	»	40
Efectos que produce la renuncia por parte del legatario del derecho de evicción.....	860	197
Ejecución de la carga: Facultad de pedir. Código alemán.....	»	44
Elección: ¿en qué términos ha de ejercitarse tal derecho?.....	876	297
Enajenación por el testador en todo ó en parte de la cosa legada.....	869	247
Entrega de la cosa legada.....	885	359
Entrega de la cosa legada. Proyecto de 1851.....	»	12

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Entrega de la cosa legada. Proyecto de 1882....	»	25
Estado en que debe ser entregada la cosa legada	883	344
Estudio comparativo del Código alemán	»	30
Estudio comparativo del Código de Guatemala	»	96
Estudio comparativo del Código italiano	»	61
Estudio comparativo del Código mejicano	»	115
Estudio comparativo del Código portugués	»	77
Estudio comparativo de los Códigos belga y francés	»	54
Estudio comparativo del proyecto de 1851	»	5
Estudio comparativo del proyecto de 1882	»	22
Estudio comparativo entre el Código y el proyecto de 1851	»	5
Evicción: Cuándo debe exigirse....	860	193
Evicción en los legados. Proyecto de 1851	»	5
Evicción: Ideas ó derechos que en ella van comprendidos	860	196
Evicción: Su origen gramatical y diferencias que la separan del saneamiento	860	191
Extinción del albaceazgo. Código italiano	»	76
Extinción del albaceazgo: Causas...	910	531
Extinción del albaceazgo. Proyecto de 1851	»	20
Extinción del albaceazgo: Sus causas. Código alemán	»	53
Extinción de legados. Código guatemalteco	»	106
Extinción de legados. Código mejicano	»	128
Extinción de legados. Código portugués	»	88

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Extinción de legados. Proyecto de 1851	»	14
Extinción de legados. Proyecto de 1882	»	26
Extinción de los legados. Código alemán	»	36
Extinción de los legados. Código italiano	»	72
Extinción de legados: Sus efectos. Código guatemalteco	»	108
F		
Facultad de elección. Código alemán.	»	34
Facultad de elegir en el legado de cosas indeterminadas. Proyecto de 1851	»	10
Facultad de encomendar al heredero ó á un extraño la determinación de la persona favorecida. Código alemán	»	44
Facultad de establecer legados. Código guatemalteco	»	98
Facultad de establecer legados. Código portugués	»	78
Facultad de establecer legados. Códigos belga y francés	»	55
Facultad de establecer mandas y legados. Código italiano	»	63
Facultad de establecer mandas y legados. Código mejicano	»	115
Facultad de establecer mandas y legados. Proyecto de 1851	»	5
Facultad de establecer mandas y legados. Proyecto de 1882	»	22
Facultad del heredero que á la vez sea legatario, para aceptar ó renunciar la herencia ó el legado	890	388
Facultad de los testadores para asignar retribución á los albaceas	908	518
Facultad del testador para ampliar por un año el plazo en el cual han de cumplir su encargo los albaceas.	905	499

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Facultad de nombrar albaceas. Código guatemalteco	»	109
Facultad de nombrar albaceas. Código italiano	»	74
Facultad de nombrar albaceas. Código mejicano	»	130
Facultad de nombrar albaceas. Código portugués	»	90
Facultad de nombrar albaceas. Códigos belga y francés	»	58
Facultad de nombrar albaceas. Proyecto de 1851	»	16
Facultad de otorgar legados. Código alemán	»	61
Facultad de pedir la ejecución de la carga. Código alemán	»	44
Facultades contrarias á las leyes que los testadores otorguen á los albaceas	901	466
Facultades de los albaceas	901	453
Facultades de los albaceas para el caso de no existir en la herencia dinero suficiente para el pago de funerales y legados	903	456
Facultades legales del albacea: Funeral del testador	902	470
Facultades legales de los albaceas: Pago de legados en dinero	902	472
Facultades que el Código asigna á los albaceas cuando el testador no las haya determinado	902	454
Facultad por parte de los herederos y legatarios para ampliar el plazo dentro del cual han de cumplir su encargo los albaceas	906	499
Facultad para establecer mandas y legados á los herederos	853	167
Facultad para gravar con mandas y legados á los legatarios	858	167
Facultad para nombrar albaceas	892	416
Facultades del albacea. Código portugués	»	92
Facultades de los albaceas. Código guatemalteco	»	111

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Facultades de los albaceas. Código italiano	»	75
Facultades de los albaceas. Código mejicano	»	133
Facultades de los albaceas. Códigos belga y francés	»	60
Facultades de los albaceas. Proyecto de 1851	»	18
Formación de inventario por los albaceas. Proyecto de 1851	»	21
Forma en que pueden ser nombrados los albaceas	894	427
Formalidades de la venta judicial por el albacea de bienes hereditarios	903	484
Francia y Bélgica: Estudio comparativo	»	54
Frutos de la cosa legada	882	337
Frutos de la cosa legada: A quién corresponden. Código alemán	»	42
Frutos é intereses del legado de cosa genérica ó de cantidad	884	352
Fundo legado: Deudas y pensiones acensuadas sobre el mismo. Código alemán	»	38
G		
Garantías con que cuentan los legatarios para hacer efectivas sus mandas	859	183
Gastos del albaceazgo. Código italiano	»	76
Gastos é impensas hechos por el heredero en la cosa legada: Su reclamación. Código alemán	»	42
Gastos para la entrega de los legados	886	367
Género y especie: Su concepto	860	195
Gratuidad del cargo de albacea	908	518
Gravámenes de la cosa legada. Código alemán	»	37
Gravámenes hipotecarios de la cosa legada. Código alemán	»	37
Guatemala: Estudio comparativo	»	96

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
H		
Herederos: Cuándo les corresponde ejecutar la voluntad del testador en sustitución de los albaceas.....	910	531
Herederos incapacitados.....	903	483
Herederos: Sus obligaciones en los legados de cosa ajena.....	861	202
Heredero: Sus derechos respecto de los bienes hereditarios administrados por el ejecutor. Código alemán	»	51
Herencia: Reclamaciones judiciales en contra de ella. Código alemán	»	50
Herencia: Sus cargas. Código alemán	»	44
Historia del legado	858	169
I		
Imposibilidad del albacea para desempeñar el cargo: Es causa de extinción del albaceazgo.	910	531
Imposibilidad por parte del legatario de aceptar una parte del legado y renunciar la otra si ésta fuese onerosa.....	889	387
Incapacidad para ser albacea	893	417
Indole de los legados alternativos...	874	285
Ineficacia del legado alternativo por la destrucción fortuita de todas las cosas legadas.....	874	286
Ineficacia de los legados. Código alemán....	»	35
Irrevocabilidad de la elección en el legado de cosa indeterminada. Proyecto de 1851.....	»	10
Italia: Estudio comparativo.....	»	61
Interventor testamentario. Código mejicano..... ...	»	135
J		
Juez competente para aprobar las cuentas que rindan los albaceas ..	907	515
Jurisprudencia referente á las facultades de los albaceas.....	901	458

MATERIAS	Artículos	Páginas.
L		
Legado á un acreedor: No se imputará en pago de su crédito	873	280
Legado cuya prestación sea imposible ó prohibida por la ley. Código alemán	»	39
Legado de alimentos	879	314
Legado de alimentos. Proyecto de 1851	»	10
Legado de cosa ajena	861	202
Legado de cosa ajena: á quién corresponde la prueba	861	202
Legado de cosa ajena: Caso en que el objeto legado hubiere sido dejado en dos testamentos distintos	862	211
Legado de cosa ajena: Cosas que no pueden comprenderse en el legado	861	206
Legado de cosa ajena: No es obligación alternativa	861	205
Legado de cosa ajena: No procede la enajenación forzosa	861	211
Legado de cosa ajena: Proyecto de 1851	»	6
Legado de cosa ajena: Proyecto de 1882	»	22
Legado de cosa ajena: Su nulidad	862	203
Legado de cosa á la que se halle afecta una carga perpetua ó temporal	867	233
Legado de cosa determinada	860	194
Legado de cosa determinada entre varias de la misma ó distinta especie: A quién incumbe la elección. Código alemán	»	34
Legado de cosa determinada sólo por su especie. Código alemán	»	34
Legado de cosa empeñada, hipotecada ó gravada. Proyecto de 1882.	»	23
Legado de cosa empeñada ó hipotecada	867	233
Legado de cosa fuera del comercio. Proyecto de 1882	»	22

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Legado de cosa genérica ó de cantidad	884	352
Legado de cosa gravada con derecho á favor de terceros. Código guatemalteco	»	105
Legado de cosa hipotecada, empeñada ó sujeta á usufructo. Proyecto de 1851	»	8
Legado de cosa hipotecada ó empeñada. La obligación que el art. 867 imputa al heredero, ¿regirá si la manda fué impuesta á un legatario?	867	236
Legado de cosa inmueble indeterminada. Proyecto de 1851	»	10
Legado de cosa inmueble no determinada.	875	288
Legado de cosa mueble genérica	875	288
Legado de cosa mueble genérica. Proyecto de 1851	»	10
Legado de cosa propia del legatario al otorgarse el testamento	878	306
Legado de cosa propia del legatario. Proyecto de 1851	»	7
Legado de cosa propia del legatario. Proyecto de 1882	»	22
Legado de cosa propia en parte del testador, heredero ó legatario. Proyecto de 1851	»	7
Legado de cosa que al hacerse el testamento era propia del legatario	866	229
Legado de cosas específicas y determinadas propias del testador. Proyecto de 1882	»	24
Legado de cosas genéricas ó de cantidad. Proyecto de 1882	»	24
Legado de cosas indeterminadas. Proyecto de 1851	»	9
Legado de cosas indeterminadas. Proyecto de 1882	»	23
Legado de cosas que estén fuera de comercio	865	228
Legados de cosas que estén fuera del comercio. Proyecto de 1851	»	8

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Legado de cosas que estén fuera del comercio: Su nulidad	865	222
Legado de cosa sujeta á usufructo, uso ó habitación	868	234
Legado de crédito contra tercero: El heredero ó el obligado al pago de la manda, ¿responderá al legatario de la existencia y legitimidad del crédito?	870	270
Legado de crédito perteneciente al testador. Código alemán	»	39
Legado de educación	879	314
Legado de educación: Proyecto de 1851	»	10
Legado de frutos é intereses. Proyecto de 1851	»	12
Legado de pensión periódica	880	323
Legado de perdón de una deuda. Proyecto de 1851	»	8
Legado de perdón ó liberación de una deuda del legatario	870	267
Legado de un crédito contra tercero.	870	267
Legado de un crédito contra tercero ó de pago, ó liberación de una deuda del legatario: Su caducidad.	871	268
Legado de un crédito contra tercero. Proyecto de 1851	»	8
Legado de un crédito del testador contra el heredero: Sus efectos. Código alemán	»	47
Legado de usufructo. Proyecto de 1851	»	8
Legado genérico de liberación	870	278
Legado hecho á un tercero de cosa propia del heredero ó de un legatario	863	212
Legado para tomar estado. Proyecto de 1851	»	11
Legado presunto. Código alemán	»	33
Legado por sustitución. Proyecto de 1851	»	16
Legado que no pueda ó no quiera ser aceptado por el legatario: Su refundición en la masa hereditaria	888	387

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Legados	»	137
Legados: Aceptación y repudiación. Código alemán	»	41
Legados alternativos	874	284
Legados alternativos: Caso que las cosas legadas perecieren por suceso fortuito	874	286
Legados alternativos. Proyecto de 1851	»	9
Legados alternativos. Proyecto de 1882	»	23
Legados: A quién corresponden los frutos de la cosa legada. Código alemán	»	42
Legados: Causas por las quedan sin efecto	869	247
Legados: Casos en que una herencia sea toda distribuida en mandas. Proyecto de 1882	»	27
Legados: Código alemán	»	31
Legados: Código guatemalteco	»	98
Legados: Código italiano	»	63
Legados: Código mejicano	»	115
Legados: Código portugués	»	78
Legados: Códigos belga y francés	»	55
Legados: Cómo deben cumplirse caso de haber varios herederos ó legatarios nombrados	859	182
Legados: Cómo deben cumplirse de ser uno solo el heredero	859	182
Legados con condición suspensiva ó á término: Cuándo pierden su eficacia. Código alemán	»	36
Legados contractuales. Código alemán	»	45
Legados: Cosa mandada á varias personas. Código alemán	»	35
Legados de alimentos y de educación. Proyecto de 1882	»	23
Legados de animales y ganados: Saneamiento por evicción	860	201
Legados de cosas específicas y determinadas propias del testador. Proyecto de 1851	»	12

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Legados de cosas extrañas á la sucesión. Código alemán	»	38
Legados de cosas genéricas ó de cantidad. Proyecto de 1851	»	12
Legados de pensiones periódicas ó de cierta cantidad anual, mensual ó semanal. Proyecto de 1882	»	24
Legados: Derecho de elección. Código italiano	»	71
Legados: Derecho de elección. Código portugués	»	87
Legados en dinero	886	367
Legados en los cuales no se determina la parte que á cada legatario corresponda en el objeto legado. Código alemán	»	34
Legados en los cuales no se determina la persona favorecida. Código alemán	»	33
Legados: Entrega de la cosa legada. Proyecto de 1851	»	12
Legados: Entrega de la cosa legada. Proyecto de 1882	»	25
Legados: Evicción. Proyecto de 1851.	»	5
Legados: Facultad de establecerlos. Proyecto de 1851	»	5
Legados: Facultad de otorgarlos. Código alemán	»	31
Legados: Facultad para establecerlos. Proyecto de 1882	»	22
Legados instituídos con un fin concreto, pero la determinación de cuya prestación queda á la equidad de un tercero. Código alemán	»	35
Legados: Mancomunidad proporcional de las obligaciones de herederos y legatarios cuando varios de ellos han sido gravados con un mismo legado. Código alemán	»	33
Legados. Nota característica de éstos en el Código alemán	»	32
Legados: Obligaciones de las personas gravadas. Códigos belga y francés	»	55

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Legados ó cargas impuestas al legatario. Código alemán.	»	42
Legados: Orden de prelación para su pago. Código guatemalteco.....	»	106
Legados: Orden de prelación para su pago. Código alemán.....	»	72
Legados: Orden de prelación para su pago. Código mejicano	»	127
Legados: Orden de prelación para su pago. Código portugués...	»	88
Legados: Orden de prelación para su pago. Proyecto de 1851..	»	13
Legados: Orden de prelación para su pago. Proyecto de 1882.....	»	25
Legados por sustitución. Proyecto de 1882.	»	27
Legados por vía de mejora. Código alemán.....	»	33
Legados preferentes. Código alemán.	»	43
Legados. Proyecto de 1851	»	5
Legados puros y condicionales. Proyecto de 1851.....	»	12
Legados puros y condicionales. Proyecto de 1882	»	24
Legados puros y simples....	881	329
Legados que graven el tercio de mejora: ¿en favor de quién podrán otorgarse?.....	858	173
Legados: Responsabilidad del legatario. Proyecto de 1851..... .	»	5
Legados: Su aceptación..... ..	881	336
Legados: Su aceptación. Proyecto de 1851.	»	14
Legados: Su aceptación, renuncia y extinción. Proyecto de 1882.....	»	26
Legados: Su aceptación y renuncia. Código guatemalteco....	»	103
Legados: Su aceptación y renuncia. Código italiano....	»	69
Legados: Su aceptación y renuncia. Código mejicano.....	»	124
Legados: Su aceptación y renuncia. Código portugués.....	»	85

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Legados: Su aceptación y renuncia. Códigos belga y francés	»	57
Legados: Su adquisición	881	331
Legados: Su adquisición. Código guatemalteco	»	103
Legados: Su adquisición. Código italiano	»	70
Legados: Su adquisición. Código mejicano	»	125
Legados: Su adquisición. Código portugués	»	85
Legados: Su adquisición. Códigos belga y francés	»	57
Legados: Su adquisición. Proyecto de 1851	»	12
Legados: Su adquisición. Proyecto de 1882	»	24
Legados: Su afianzamiento: Proyecto de 1851	»	16
Legados: Sus antecedentes históricos	»	150
Legados: Su extinción. Código alemán	»	36
Legados: Su extinción. Código guatemalteco	»	106
Legados: Su extinción. Código italiano	»	72
Legados: Su extinción. Código mejicano	»	128
Legados: Su extinción. Código portugués	»	88
Legados: Su extinción. Proyecto de 1851	»	14
Legados: Su ineficacia. Código alemán	»	35
Legados: Su persistencia jurídica: Caso en que procede. Código alemán	»	36
Legados: Su renuncia	881	336
Legados: Su renuncia. Proyecto de 1851	»	14
Legados: Sus clases. Código guatemalteco	»	101
Legados: Sus clases. Código italiano.	»	64

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Legados: Sus clases. Código mejicano	»	117
Legados: Sus clases. Código portugués	»	79
Legados: Sus clases. Códigos belga y francés	»	56
Legados: Sus clases. Proyecto de 1882	»	22
Legados: Sus clases y modalidades. Proyecto de 1851	»	6
Legados: Sustitución fideicomisaria. Código alemán	»	43
Legados: Sustitución vulgar. Código alemán	»	43
Legado: Su concepto. Código alemán	»	31
Legatario. Cuándo nace su derecho. Código alemán	»	40
Legatario de dos legados: Condiciones para la aceptación	889	388
Legatario que sea á la vez heredero: Puede aceptar la herencia y renunciar al legado ó aceptar éste y renunciar aquélla	890	388
Legatarios: Garantías con que cuentan para hacer efectivo su manda.	859	183
Legatario: Sus derechos. Código alemán	»	40
Legatarios: Sus obligaciones. Código italiano	»	63
Limitaciones que el testador puede imponer á los ejecutores testamentarios. Código alemán	»	48
M		
Mancomunidad proporcional de las obligaciones de herederos y legatarios cuando varios de ellos han sido gravados con un mismo legado. Código alemán	»	33
Mandas	»	137
Mandas: Facultad de establecerlas. Proyecto de 1851	»	5

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Mandas: Facultad de establecerlas. Proyecto de 1882	»	22
Méjico: Estudio comparativo	»	115
Mejoras y pérdidas de la cosa legada	882	342
Misión de los albaceas en defensa de la validez del testamento	903	489
Modalidades de los legados. Proyecto de 1882	»	22
Modalidades y clases de los legados. Proyecto de 1851	»	6
Modos de aceptación del cargo de albacea	898	445
Muerte del albacea: Es causa de extinción del albaceazgo	910	531
N		
Nombramiento de ejecutores testamentarios. Código alemán	»	46
Nulidad del legado de cosa ajena	862	203
Nulidad del legado de cosa propia del legatario á la fecha del testamento	878	306
Nulidad del legado de cosa que al otorgarse el testamento fuera propia del legatario	866	229
Nulidad del legado de cosas que estén fuera del comercio	865	222
Nulidad del legado de cosas que estén fuera del comercio. Proyecto de 1851	»	8
O		
Obligación del heredero cuando el testador legare alguna cosa empeñada ó hipotecada	867	233
Obligación del heredero en los legados de cosa ajena	861	202
Obligación de los herederos de los legatarios y herederos, de responder de las mandas que á éstos se les ordene entregar por el testador	858	173

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Obligaciones alternativas en los legados	874	284
Obligaciones del albacea. Código guatemalteco	»	112
Obligaciones del albacea. Código italiano	»	76
Obligaciones del albacea. Código mejicano	»	134
Obligaciones del albacea. Código portugués	»	94
Obligaciones del albacea. Códigos belga y francés	»	60
Obligaciones de las personas gravadas con legados. Código portugués.	»	78
Obligaciones de las personas gravadas con legados. Códigos belga y francés	»	55
Obligaciones de las personas gravadas con mandas ó legados. Código guatemalteco	»	99
Obligaciones de las personas gravadas con mandas y legados. Código italiano	»	63
Obligaciones de las personas gravadas con mandas y legados. Código mejicano	»	116
Obligaciones del heredero cuando el testador legare un crédito contra tercero ó el perdón ó liberación de una deuda del legatario	870	267
Obligaciones del heredero gravado con un legado de cosa determinada sólo por su especie. Código alemán.	»	41
Obligaciones de los albaceas, cuando el testador no determine las facultades que les concede	902	454
Obligaciones de los albaceas. Proyecto de 1851	»	19
Obligación que tiene el albacea que aceptó el cargo, de desempeñarlo	899	443
Orden de prelación para el pago de legados	887	373
Orden de prelación para el pago de legados. Código guatemalteco	»	106

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Orden de prelación para el pago de legados. Código italiano.....	»	72
Orden de prelación para el pago de legados. Código mejicano.....	»	127
Orden de prelación para el pago de legados. Código portugués.....	»	88
Orden de prelación para el pago de legados. Proyecto de 1851.....	»	13
Orden de prelación para el pago de legados. Proyecto de 1882.	»	25
P		
Pago de legado.....	886	367
Pago de legados: Orden de prelación.....	887	373
Pago de legados: Orden de prelación para efectuarlo. Proyecto de 1851.	»	13
Pago de legados: Orden de prelación. Proyecto de 1882.....	»	25
Participación de la responsabilidad de los herederos en los legados con que el testador les grave.....	859	179
Penalidad civil inherente á la renuncia del albaceazgo.	900	452
Pena que debe corresponder al albacea si no cumple su encargo en el plazo señalado por el testador... .	906	506
Pensiones legadas. Proyecto de 1882.	»	24
Pérdidas de la cosa legada.....	882	342
Personas incapacitadas para desempeñar el cargo de albacea.....	893	417
Personas que necesitan autorización para ejercer el cargo de albacea..	893	417
Plazo en que han de cumplir su encargo los albaceas.	904	498
Plazo para el albaceazgo. Código guatemalteco..	»	113
Plazo para el albaceazgo. Código italiano.....	»	76
Plazo para el albaceazgo. Código mejicano..	»	134

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Plazo para el albaceazgo. Código portugués.	»	94
Plazo del albaceazgo. Códigos belga y francés	»	60
Portugal: Estudio comparativo	»	77
Posesión de la cosa legada. Debe darla el heredero ó albacea	885	359
Posesión de los bienes hereditarios. ¿La tiene el albacea por la ley ó por el testador?	903	497
Posesión de los bienes hereditarios por el albacea	905	496
Procedimiento para la renuncia del cargo de albacea con posterioridad á su aceptación	900	450
Prorrateo de las deudas y gravámenes de una herencia en el caso en que ésta se distribuya toda en legados	891	396
Prórroga legal para terminar su encargo los albaceas	905	499
Prórroga por los herederos y legatarios del plazo para cumplir su encargo los albaceas	906	499
Proyecto de 1851. Estudio comparativo	»	5
Proyecto de 1882. Estudio comparativo	»	22
Q		
Quiebra ó insolvencia del albacea: Debe considerarse como causa de extinción del albaceazgo	910	537
R		
Reclamación de los gastos é impensas hechos por el heredero en la cosa legada. Código alemán	»	42
Reclamaciones judiciales contra la herencia. Código alemán	»	50
Refundición en la masa hereditaria		

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
del legado que no pueda ó no quiera aceptar el legatario	888	387
Reglas á que debe someterse el albacea para la venta de bienes en las herencias en que estuviese interesada una Corporación, ausente ó menor....	903	484
Remoción de los albaceas. Código alemán.....	»	53
Remoción de los albaceas: ¿quién debe acordarla?.....	911	538
Remoción de los albaceas: Sus causas.	910	535
Rendición de cuentas por los albaceas.	907	510
Rentas de la cosa legada.....	882	337
Renuncia del albacea. Es causa de extinción del albaceazgo.....	910	531
Renuncia del albaceazgo. Penalidad civil inherente á aquélla.....	900	452
Renuncia del albaceazgo. Proyecto de 1851..	»	20
Renuncia del cargo de albacea.....	899	443
Renuncia del cargo de albacea. Código alemán..	»	47
Renuncia del cargo de albacea. Código guatemalteco...	»	111
Renuncia del cargo de albacea. Código italiano..	»	75
Renuncia del cargo de albacea. Código mejicano.....	»	132
Renuncia del cargo de albacea. Código portugués.....	»	91
Renuncia del cargo de albacea. Códigos belga y francés...	»	60
Renuncia del cargo de albacea con posterioridad á su aceptación: Procedimiento...	900	450
Renuncia del cargo de albacea: Sus causas....	899	446
Renuncia del cargo de albacea: Sus clases	899	446
Renuncia de legados.....	881	336
Renuncia de legado. Código guatemalteco.	»	103

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Renuncia de legados. Código italiano	»	69
Renuncia de legados. Código mejicano	»	124
Renuncia de legados. Código portugués	»	85
Renuncia de legados. Códigos belga y francés	»	57
Renuncia de legados. Proyecto de 1882	»	26
Renuncia de legados. Proyecto de 1851	»	14
Renuncia por el legatario al derecho de evicción	860	197
Repudiación de legados. Código alemán	»	41
Responsabilidad del albacea por los daños y perjuicios que ocasione. Código alemán	»	52
Responsabilidad del legatario. Proyecto de 1851	»	5
Responsabilidad de los legatarios	858	167
Responsabilidad de los legatarios en caso de distribución de toda la herencia en legados. Código guatemalteco	»	100
Responsabilidad de los legatarios en caso de distribución de toda la herencia en legados. Código italiano.	»	64
Responsabilidad de los legatarios en caso de distribución de toda la herencia en legados. Código mejicano	»	117
Responsabilidad de los legatarios en caso de distribución de toda la herencia en legados Código portugués	»	79
Responsabilidad de los legatarios en el caso de distribuirse toda la herencia en legados. Códigos belga y francés	»	56
Responsabilidad en caso de evicción del obligado á entregarla si la cosa fuese indeterminada y se señalase sólo por género ó especie	860	191

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Retribución á los albaceas	908	518
Retribución de los albaceas. Código alemán	»	52
S		
Saneamiento por evicción: caso que la cosa inmueble legada apareciese gravada con posterioridad á la muerte del testador con alguna carga no aparente	860	199
Saneamiento por evicción en el legado de animales ó ganados	860	201
Sentencias importantes acerca del albaceazgo	»	415
Sentido en que deben entenderse las palabras *«bienes de la herencia»* que comprende el art. 887	887	376
Significación de la frase *«deuda exigible»*, usada en el art. 867	867	239
Sustitución de legados. Código alemán	»	43
T		
Teoría del legado de cosa ajena en el Derecho Romano	861	203
Término del albaceazgo. Código guatemalteco	»	114
Término del albaceazgo. Código italiano	»	76
Término del albaceazgo. Código mejicano	»	134
Término del albaceazgo. Código portugués	»	95
Término del albaceazgo. Códigos belga y francés	»	60
Término del albaceazgo: Sus causas.	910	531
Testamentarios	»	399
Testamentarios. Aceptación, renuncia y extinción del cargo. Proyecto de 1851	»	20

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Testamentarios. Código alemán.....	»	46
Testamentarios. Código guatemalteco.....	»	109
Testamentarios. Código italiano.....	»	74
Testamentarios. Código mejicano...	»	130
Testamentarios. Código portugués..	»	90
Testamentarios. Códigos belga y francés.....	»	58
Testamentarios: Cuándo queda ineficaz su nombramiento. Código alemán.....	»	47
Testamentarios: Facultad de nombrarlos. Proyecto de 1851...	»	16
Testamentarios. Facultad para desempeñar el cargo. Proyecto de 1851.	»	16
Testamentarios. Facultad para nombrarlos.....	892	416
Testamentarios. Formación de inventario. Proyecto de 1851.....	»	21
Testamentarios: Sus facultades. Proyecto de 1851....	»	18
Testamentarios: Sus obligaciones. Proyecto de 1851.....	»	19
Transformación de la cosa legada..	869	247
Tiempo dentro del cual debe excusarse el albacea si no quiere aceptar el cargo.....	898	443
U		
Usufructo: Validez del legado de este derecho. Proyecto de 1851.....	»	8
V		
Validez de los acuerdos tomados por albaceas mancomunados.....	895	427
Venta de bienes por los albaceas: Reglas á que deben sujetarse cuando en la herencia se halle interesado algún menor ó ausente.....	903	481

MATERIAS	Artículos.	Páginas.
Venta de bienes por los albaceas: Requisitos que deben mediar en la venta cuando se encuentre interesada en la herencia una Corporación.....	903	484
Vigilancia de la ejecución de lo ordenado en el testamento y sostenimiento de la validez de éste.....	903	487

FE DE ERRATAS

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
126	29	legados a-	legados al
184	35	aun	an-
203	7	Vna,	Vna casa,
210	36	antender	entender
237	11	tener se	tenerse
251	38	pe	de
346	25	cuado	cuando
349	5	casuahabiente	causahabiente
371	34	ta-	tal
441	16	poblemas	problemas

Este tomo se acabó de
imprimir en Madrid
en la imprenta de
Ricardo Rojas
el día 9 de
Marzo del
año de
1899